Möglichkeiten der Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates durch Tarifvertrag

Michael Sophos

1977

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555616_0015

Möglichkeiten der Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates durch Tarifvertrag

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Michael Sophos

1977

Referent: Professor Dr. Steindorff
Korreferent: Professor Dr. Hueck

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Februar 1977

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Gedruckt mit Unterstützung des Deutschen Akademischen Austauschdienstes

Druck: Dissertationsdruck Novotny jr., 8135 Söcking/Starnberg

Inhaltsverzeichnis

ERSTER TEIL

Seite

Problemstellung 1

UNTERSUCHUNG AUF GESETZESEBENE

I Kapitel

1...Rechtsgrundlagen und Regelungsrahmen der tarifautonomen Betätigung der Koalitionen in betriebsverfassungsrechtlichen Fragen.....3

2...TVG und BetrVG. 4

II Kapitel

Auseinandersetzung mit den Literaturstellen

1...Entstehungsgeschichte des BetrVG.....7

2...Ausnahmeermächtigungen zu Kollektivvereinbarungen und ihre Bedeutung für den Charakter der Mitb-Rechte.8

3...Weitere wortbezogene Argumente.....11

4...Scheitert die Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse an fehlender Zuständigkeit der Belegschaft ?.....12

5...Verstößt die Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse gegen das öffentliche Recht ? 13

6...Rechtspolitische Argumentation.

a) Der Strukturzwang des BetrVG.....14

b) Kampfmaßnahmen und Erweiterung der Mitb-Rechte.....16

c) Müllers Konzeption und Kritik daran..... 17

III Kapitel

Rechtsprechung und Tarifpaxis

1...Rechtsprechung.....19

2...Tarifpraxis. 23

IV Kapitel

Die tarifliche Erweiterung der Mitb-Rechte in den Einzelgebieten des BetrVG.

1...Erweiterung der Mitb-Rechte des BRates in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG). 25

2...Erweiterungsmöglichkeiten bei arbeitstechnischen Fragen (§§ 90,91 BetrVG).....29

3...Erweiterung der Mitb-Rechte des BRates bei personellen Generalmaßnahmen(§§92-98BetrVG) 30

Seite

4...Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse bei personellen E i n z e l m a ß n a h m e n(§ 99 BetrVG)...33
a)Wortbezogene Argumentation.....33
b)Das Widerspruchsrecht des BRates gemäß § 99 IIBetrVG..34
c)Bringt die Verstärkung des Mitb-Rechts des BRates eine unzumutbare Abhängigkeit der Belegschaft ?.....35
d)Verstößt die Erweiterung der Mitb-Rechte gegen die Arbeitsgerichtsbarkeit ? Rechts-und Regelungsstreitigkeiten.....39
e)Vorteile und Nachteile der Einigungsstelle im Vergleich zum ArbGericht.....43
f)Praktische Anwendungsmöglichkeiten.....45
5...Erweiterung der Mitb-Rechte des BRates bei Kündigungen.....46
a)Erfaßt § 102 VI BetrVG jede Kündigung ?.....47
b)Der durch § 102 VI BetrVG eröffnete Spielraum. Rechts-oder Regelungsfrage ?.....47
c)Die Fassung des § 102 VI BetrVG und Kritik daran.....49
d)Verstößt der bindende Spruch der Einigungsstelle gegen das Recht des ArbG,die Berechtigung der von ihm ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung gerichtlich klären zu lassen ?.....52
e)Vereinbarkeit zwischen dem vollen Mitb-Recht des BRates und § 626 BGB.....54
f)Kann das Zustimmungserfordernis des BRates durch TV vereinbart werden ?.....56
g)Mögliche Ausgestaltungen des Mitb-Rechts nach § 102 BetrVG.....57
h)§ 103 BetrVG und tarifliche Gestaltungsmöglichkeiten.62
i)Besteht das Weiterungsbeschäftigungsrecht des ArbN, falls eine Kollektivvereinbarung die Kündigung von der Zustimmung des BRates abhängig macht ?.....63
j)Weitere Anwendungs-und Konkretisierungsmöglichkeiten 64
6...Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse in wirtschaftlichen Angelegenheiten.....66
7...Zusammenfassung der Ergebnisse des ersten Teils.....69

Z W E I T E R T E I L

UNTERSUCHUNG AUF VERFASSUNGSEBENE

V Kapitel

Seite

1....Problemstellung.....70
2....Sind die betriebsverfassungsrechtlichen Fragen Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen i.Sinn des Art.9 III GG ?.....72
3....Die Garantie des Art.9 III GG.....74
4....Die Auseinandersetzung mit den Thesen von Scholz.80
5....Der Vorbehalt des Art.2 I GG.....85
6....Sozialstaatsprinzip.....87
7....Tarifautonomie und Sozialstaatsprinzip.....88
8....Wieweit stellen die bisherigen rechtlichen Vorkehrungen(BetrVG-Unternehmensverfassung-Arbeitskampf-TV) eine angemessene Gleichgewichtslage... her ?.....93
9....Sozialstaatsprinzip und Sozialordnung.....99

VI Kapitel

1....Sind die Tarifparteien an die Grundrechte gebunden ? 100
2....Anwendung der Grundrechte auf die Koalitionsmitglieder.....102
3....Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers.....103
4....Die Abhängigkeit des Arbeitgebers.....104

VII Kapitel

1....Einflußnahme der Grundrechte bei gleichgeordneten Subjekten.....106
2....Menschenwürdegehalt der Eigentumsgarantie 110
a)Menschenwürdegehalt bei den individual genutzten Vermögensgegenständen und der eigenen Arbeit dienenden Produktionsmitteln.. 112
b)Menschenwürdegehalt bei den durch fremde Arbeitskräfte benutzten Produktionsmitteln.....113
3....Menschenwürdegehalt und Unternehmerfreiheit.....115

V I I K a p i t e l

Seite

1....Problemstellung.....117

2....Erweiterung der Mitb-Rechte und Eigentumsgarantie

a)Die Stellungnahme der Rechtsprechung und der Literatur.....117

b)Übermaßverbot oder nur Wesensgehaltsgarantie? 118

c)Die gesellschaftlichen Auffassungen als Maßstab der Eigentumsgarantie.....120

d)Kann §§ 903 ff BGB den Maßstab der Eigentumsgarantie darstellen ? 125

e)Kann § 950 BGB als Maßstab der Eigentumsgarantie in Betracht kommen ?.....126

f)Wesensgehaltgarantie als unantastbare Grenze 127

g)Wesensgehaltsgarantie als Wertgarantie.....128

3....Unternehmerfreiheit und erweiterte Mitbestimmung

a)Stellungnahme der Rechtsprechung und der Literatur.....133

b)Das Recht zur Entfaltungsfreiheit der Gesellschaft und des Gesellschafters.....134

c)DerWesensgehalt der Entfaltungsfreiheit im wirtschaftlichen Bereich.....136

d)Hubers Stellungnahme und Kritik daran.....139

I X K a p i t e l

Streik und Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse.

1....Problemstellung. 141

2....Grundlagen und Funktion des Streikrechts.....142

3....Die rechtliche Zulässigkeit des Streikrechts und das faktich Mögliche einer tarifvertraglichen Regelung.....143

4....Tarifautonome Erweiterung der Mitb-Rechte des BRates und betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeit gemäß § 3 II TVG.....146

X K a p i t e l

Tarifvertragliche Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse und Gesellschaftsrecht.

1....Problemstellung.....150

Seite
2 .. Herrschende Meinung und Kritik daran.....151
3... Die Unter der Geltung des BetrVG stehende AG....152
a)Tarifliche Verpflichtung zur Satzungsänderung....154
b)Praktische Anwendungsmöglichkeiten.....158
c)Der Weg über die Beteiligung an Sachentscheidungen. 159
1)Vertretungsmacht des Vorstandes und Verpflichtungsfähigkeit der AG.....159
2)Die analoge Anwendung der Unternehmensverträge 162
3...Praktische Anwendungsmöglichkeiten und Schutz der Aktionärs-und Gläubigerinteressen..... 166
a)Vertragliche Einführung des Vetorechts des BRates 166
b)Tarifvertagliche Unterstellung der AG unter den BRat.....167
4...Die unter das neue Mitb-Gesetz v.4.5.1976 fallende AG.....169
5...Die unter das Montangesetz fallende AG.....169
6...Die GmbH und die erweiterte Mitbestimmung.
a)Tarifliche Verpflichtung zur Satzungsänderung....170
b)Anwendungsmöglichkeiten der tariflichen Verpflichtung zur Satzungsänderung.....171
1)Bestellung von Geschäftsführungsmitgliedern...171
2)Stimmrechtseinräumung an Arbeitnehmervertreter.173
c)Beteiligung des BRates an Sachentscheidungen...180
7...OHG und Kommanditgesellschaft.....181
a)Stellungnahme der Literatur.....181
b)Die Haftung der Gesellschafter und die erweiterte Mitbestimmung.....181
1)Haftung der Gesellschafter als Schutzmittel der Gläubiger.....181
2)Haftung als Sanktionsinstrument für ein unwirtschaftliches Verhalten.....183
c)Praktische Anwendungsmöglichkeiten.....186

XI Kapitel.

Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse und Gegnerunabhängigkeit der Tarifparteien.

1...Stellungnahme der Literatur und der Rechtsprechung.....187

Seite

2....Die Waffenverteilung zwischen den Tarifparteien und die "gleichen Durchsetzungschancen"..... 189

3....Unabhängigkeitsprinzip und erweiterte Mitbestimmung..... 193

4....Interessengegensatz zwischen ArbN und wettbewerbsorientierten unternehmerischen Gedanken?....195

5....Grenzen der Vereinbarkeit zwischen dem Unabhängigkeitsprinzip und der tariflichen Erweiterung der Mitb-Rechte. Gegenüberstellung der hier vertretenen Auslegung mit der der herrschenden Meinung.....196

Schlußwort..... 198

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

1. Abendroth,Wolfgang:Das Grundgesetz.Eine Einführung in seine politische Probleme,2.Aufl.1966,Stuttgart.
2. Badura,Peter:
   a)Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung,1971 Frankfurt a.M
   b)Unternehmerische Mitbestimmung,soziale Selbstverwaltung und Koalitionsfreiheit,Vortrag am 25.6. 1976,Wiesbaden.
3. Ballerstedt,Kurt :Wirtschaftsrecht in :Bettermann-Nipperdey-Scheuner,Handbuch der Grundrechte,Band III/1 1958,Berlin.
4. Belke,Rolf:Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettberwbsbeschränkungen,1966,Tübingen.
5. Baumbach,Adolf und Duden, Konrad :Kommentar zum HGB 19.Aufl. 1971 München.
6. Baumbach,Adolf und Hueck,Alfred:
   a)Kommentar zum AktG 13.Aufl.1968 München
   b)Kommentar zum GmbH,13.Aufl.1970 München
7. Biebrach-Nagel,Hannelore:Leitfaden zum BetrVG 1972, 1975,München.
8. Biedenkopf,Kurt-Hans:
   a)Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, 1958,Heidelberg.
   b)Die Grenzen der Tarifautonomie,1964 Karlsruhe
9. Bischoff,Hans-Jürgen:Die Einigungsstelle im Betriebsverfassungsrecht 1975,Berlin.
10. Brecht,Hans-Theo:Kommentar zum BetrVG 1972ß
11. Bühler,Ottmar:Steuerrecht der Gesellschaften und Konzernen 3.Aufl. 1956,Berlin.
12. Bührig,E:Handbuch der Betriebsverfassung ,1953,Köln.
13. Däubler,Wolfgang:Das Grundrecht auf Mitbestimmung 1973 Frankfurt a.M.
14. Däubler,Wolfgang und Theo,Mayer-Maly:Negative Koalitionsfreiheit 1971,Tübingen.
15. Dietz,Rolf:Kommentar zum BetrVG 1952 4.Aufl. 1967 München-Berlin
16. Dietz,Rolf und Nikisch,Arthur :Kommentar zum ArbGG 1954,München -Berlin.

17. Dietz,Rolf und Richardi,Reinhard : BetrVG mit Wahlordnung,Kommentar,1973,München-Berlin,3.Aufl.
18. Dersch,Herman-Vollkmar,Erich:Kommentar zum ArbGG, 1934,Mannheim.
19) Dütz,Wilhelm:
a)Gerichtliche Überprüfung der Sprüche von betriebsverfassungsrechtlichen Einigungs-und Vermittlungsstellen, 1966,Bielefeld.
b)Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht 1970,Bad Hamburg
20. Ehmke,Horst:Wirtschaft und Verfassung,1961,Karlsruhe
21. Ennecerus,Ludeich und Nipperdey,Hans-Karl:Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts.Ein Lehrbuch 15.Aufl. 1959,Tübingen.
22. Erdmann,Ernst-Gerhard:Kommentar zumBetrVG 2.Aufl. 1954,Neuwied/Rn.
23. Erdmann,Ernst-Gerhard,Jürging,Claus und Kammann,Karl-Udo:BetrVG,Komm für die Praxis 1972,Berlin
24. Fabricius,Fritz:Mitbestimmung in der Wirtschaft. Ein gesellschafts-wirtschafts-und rechtspolitisches Problem,1970,Frankfurt,a.M.
25. Fabricius,Fritz/Kraft,Alfond/Thiele,Wolfgang/Wiese, Günther:BetrVG,Gemeinschaftskommentar 1973,Neuwied-Berlin.
26. Feig-Sitzler,Kommentar zum Betriebsrätegeset 13/14 Aufl.1931,Berlin.
27. Fitting,Karl-Auffarth,Fritz-Kaiser,Heinz:BetrVG Kommentar 11ßAufl.1974,München.
28. Fitting,Karl-Krägeloh-Auffarth Fritz:BetrVG nebst Wahlordnung 9.Aufl.1970,München.
29. Flatow,Georg und Kahn-Freund,Otto: Kommentar zum Betriebsrätegesetz 13. Aufl.1931,Berlin
30. Flume,Werner:Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts Bd.2:Das Rechtsgeschäft,1965,Berlin.
31. Forsthoff,Ernst:Verfassungsprobleme des Sozialstaates in Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit 1968, Darmstadt.
32. Freund,Karl-Helmut:Die Mitbestimmung des Betriebsrates in wirtschaftlichen Angelegenheiten als Gegenstand tariflicher Abmachungen,Dissertation 1966, Köln.

33. Gallbraith,John Keneth:Der amerikanische Kapitalismus 1956, Boston.
34. Galperin,Hans:Der Regierungsentwurf eines neuen BetrVG. Eine kritische Analyse 1971,Düsseldorf.
35. Gamillscheg,Franz:Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit,1966,Berlin.
36. Godin v.,Reinhard und Sylvester,Hans-Wilhelmi:Kommentar zum AktG 4.Aufl.1971,Berlin,New York.
37. Hachenburg,Max:Kommentar zum GmbH,6.Aufl.bearbeitet von Schilling,Wolf und Schmidt,Walter, zitierweise:Hachenburg-Schilling,GmbHG Komm.Berlin.
38. Halberstadt,Gerhard:Mitwirkung und Mitbestimmung des Arbeitnehmers.Das neue BetrVG für die betriebliche Praxis 1972,Freiburg.
39. Halberstadt,Gerhard/Zander Ernst:Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht 1972,Köln.
40. Hamann,Andreas und Lenz,Helmut:Kommentar zum GG,3.Aufl. 1970 Neuwied-Berlin.
41. Harms,Wolfgang:Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen,1968,Köln.
42. Hartwich,Hans-Hermann:Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, 1970,Köln.
43. Hesse, Konrad:Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik 9.Aufl.München.
44. Hoffmann,Reinhard:Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht 7unveränderte Aufl. 1972.
45. Horchem : Die Erweiterung der im BetrVG geregelten Mitb-Rechte durch Kollektivvereinbarungen,Dissertation , 1954.
46. Huber,Ernst-Rudolf:
a)Grundgesetz unt wirtschaftliche Mitbestimmung 1970, Stuttgart.
b)Wirtschaftsverwaltungsrecht 2 Bände,2.Aufl.1954, Tübingen.
47. Hueck,Alfred und Nipperdey,Hans-Carl:
a)Grundriß des Arbeitsrechts 5.Aufl.1960 Berlin und Frankfurt

b)Lehrbuch des Arbeitsrechts 7.Aufl. Bd I 1963,Berlin Frankfurt a.M zitierweise:Hueck-Nipperdey I;Bd II/1 1967,Berlin und Frankfurt a.M. zitierweise Hueck-Nipperdey II/1; Bd II/2 1970,Berlin und Frankfurt a.M. zitierweise:Hueck-Nipperdey II/2 .

48. Hueck,Alfred-Nipperdey,Hans -Carl, Stahlhacke,Eugen, Kommentar zum TVG 4.Aufl. 1964 München-Berlin.
49. Hueck,Alfred:Probleme des Mitbestimmumgsrechts 1953, Karlsruhe.
50. Jakobi,Erwin:Grundrechte des Arbeitsrechts 1927,Leipzig.
51. Karakatsanis,Alexander:Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnissees und ihre Grenzen 1963,Heidelberg.
52. Kaskel,Walter-Dersch,Hermann:Arbeitsrecht 4.Aufl.1932, Berlin.
53. Kronstein,Heinrich:Die abhängige juristische Person 1931,München,Berlin,Leipzig.
54. Kropff,Bruno,Das Aktiengesetz von 6.9.1965,Düsseldorf,1965
55. Krüger,Herbert:Allgemeine Staatslehre 2.Aufl.1966, Stuttgart.
56. Küchenhoff,Günther:BetrVG Kommentar 1974,Münster.
57. Leibholz,Peter und Rinck,Hans-Justus:Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 4.Aufl.1971, Köln-Marienburg.
58. Leisner,Walter:Grundrechte und Privatrecht 1960,München.
59. Lerche,Peter:Übermaßverbot und Verfassungsrecht.Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit 1961,Köln.
60. Löwisch,Manfred:Mitbestimmung:Ordnungselement oder pölitischer Kompromiß ? herausgegeben von F.Böhm und Götz Briefs 1971 Stuttgart.
61. Mansfeld:Kommentar zum Betriebsrätegesetz 3.Aufl.1930 Mannheim/Berlin/Leipzig.
62. Mangoldt v.Hermann und Klein,Friedrich:Kommentar zum GG 2.Aufl.1957.
63. Martens,Klaus-Peter:Mehrheits-und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH 1970,Köln

64. Maunz,Theodor-Dürig,Günther-Herzog,Roman:Kommentar zum GG 1973,München.
65. Maus,Wilhelm:Kommentar zum TVG 1956 ,Götingen.
66. Meisel,Peter:Die Mitwirkung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten 1967,Heidelberg.
67. Meissinger,Hermann: Kommentar zum BetrVG 1952, München.
68. Monjau,Herbert:Kommentar zum BetrVG 1952,Köln 1952.
69. Müller,Gerhard:Zur Tariffähigkeit der unter das MitbG Bergbau und Eisen fallenden Unternehmen 1953.Gedanken zur Systematik des Schlichtungsrechts der Betriebsverfassung,1953 Frankfurt a.M.(Schriftenreihe der Industriegewerkschaft Metall für die Bundesrepublik Deutschland.
70. Müller-Peddinghaus,Harmut:Die Arbeitnehmerbeteiligung an wirtschaftlichen Entscheidungen im Unternehmen nach deutschem und amerikanischen Recht.Dissertation 1969,Münster.
71. Nell-Breuning,Oswald v.:
a)Mitbestimmung,1968,Frankfurt a.M.
b)Streit um Mitbestimmung,1968, Frankfurt a.M.
72. Neumann-Duesberg,Horst:
a)Das Mitbestimmungsrecht in :Bettermann-Nipperdey-Scheuner,Handbuch der Grundrechte,Band III/1 1958, Berlin.
b)Lehrbuch des Betriebsverfassungsrechts 1960,Berlin.
73. Nikisch,Arthur:Arbeitsrecht,Band I 3.Aufl.1961,Tübingen;Band II 2.Aufl.1959,Tübingen;Band III 2.Aufl. 1966, Tübingen.
74. Nipperdey,Hans-Carl und Wiese,Günther:Die freie Entfaltung der Persönlichkeit in:Bettermann-Nipperdey, Handbuch der Grundrechte IV/2, 1962,Berlin.
75. Nitschke,Manfred: Die körperschaftliche strukturierte Personengesellschaft 1970.
76. Nipperdey,Hans-Carl:Soziale Marktwirtschaft und GG 2.Aufl.1961.
77. Plessn,Christian-Friedrich v.:Qualifizierte Mitbetimmung und Eigentumsgarantie 1969, Köln,1969.
78. Ramm,Thilo:
a)Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des GG,1965,Stuttgart.

b)Einführung in das Privatrecht/Allgemeiner Teil des BGB Band I und II 1969,München.
79. Rasch,Harold:Deutsches Konzernrecht 4.Aufl.1968,Köln.
80. Renner,Carl:Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion,1965.
81. Reuß,Wilhelm:Das Arbeitsrecht der Gegenwart,herausgegeben von G.Müller Bd. 1,1964,
82. Richardi,Reinhard:Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses,1968,München.
83. Ritzer,Helmut:Die Erweiterung der Zuständigkeit des Betriebsrates nach dem BetrVG durch Betriebsvereinbarung, Dissertation 1971,Erlangen-Nürnberg.
84. Säcker,Franz-Jürgen:Grundprobleme der Koalitionsfreiheit 1969,Düsseldorf.
85. Scheuner,Ulrich:Der Inhalt der Koalitionsfreiheit in: Weber-Scheuner-Dietz ,Koalitionsfreiheit.Drei Rechtsgutachten 1961,Bergisch Gladbach.
86. Schlegelberger,Franz:Handelsgesetzbuch.Erläutert von Ernst Geßler,Wolfgang Hefermehl,Wolfgang Hildebrand und Georg Schröder,4.Aufl.Band I-IV,1960-1966,Berlin-Frankfurt a.M.
87. Schlüter,Wilfried: Die Vertretungsmacht des Gesellschafters und die "Grundlagen der Gesellschaft", 1965, Köln.
88. Schmidt-Bleibtreu,Bruno und Klein,Franz:Kommentar zum GG, 2.Aufl.1969,Neuwied-Berlin.
89. Schneider,W :Das Sozialstaatsprinzip des GG in der Rechtsprechung 1972.
90. Schnor v.Carosfeld,Ludwig:Arbeitsrecht 2.Aufl.1954,Göttingen.
91. Scholz,Franz:Kommentar zumGmbHG 5.Aufl.1964,Köln.
92. Schwendy,Klaus-Dieter:Abänderbarkeit betriebsverfassungsrechtlicher Rechtssätze durch Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung,1969,Hamburg.
93. Schwerdtfeger,Günther:Unternehmerische Mitbestimmung
94. Schaub,Günther:Arbeits-Handbuch 1972, München.
95. Söllner,Alfred:Arbeitsrecht 3 Aufl. 1971,Stuttgart
96. Soergel,Hans-Theodor und Siebert,Wolfgang:Kommentar zum BGB, 7 Bände 10 Aufl.1967,Berlin.

97. Staudinger,Julius v.:Kommentar zum BGB,11.Aufl.1957 Berlin.
98.. Stege,Dieter und Weinspach,Friedrich-Carl:BetrVG 1972, Handbuch für diebetriebliche Praxis 1974,Köln.
99. .Stein,Ekk. :Lehrbuch des Staatsrechts 2.Aufl.1971 Tübingen
100 Teichmann,Arndt:Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen 1970,München.
101. Vogel,Hermann:GmbHG Kommentar 2.Aufl.1956,Berlin.
102 .Weber,Werner:
a)Eigentum und Enteignung in :Neumann-Nipperdey-Scheuner,Die Grundrechte Bd II 1954,Berlin.
b)Koalitionsfreiheit und Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem,1965,Berlin.
103 Weis,Josef:Wirtschaftsunternehmen und Demokratie 1970 Köln.
104 Westermann,Harm-Peter:Vertragsfreiheit undTypengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften,1970, Heidelberg.
105 Wiedemann, Herbert:Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften 1965,München-Berlin.
106 Wiegand,Jörg:Die Gestaltung des Mitbestimmungsrechts nach § 56 BetrVG durch TV und BV,Dissertation,1964, München.
107 Wiethölter,Rudolf:
a)Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht,1961,Karlsruhe
b)Aktuelle Probleme der GmbH u.G 1967,1 Aufl.Köln.
108 Wolf,Manfred:Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich 1970,Tübingen.
109 Wolff,Hans-Julius:Verwaltungsrecht Bd I,8..Aufl. 1971,München;Band II,3.Aufl. 1970, München;Band III 3. Aufl.1967,München-Berlin.
110 Wrede,Klaus:Schaffung und Erweiterung von Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer durch Kollektivvereinbarung, Dissertation, 1963,Köln.
111 Würdinger,Hans :Aktien-und Konzernrecht,1966,Karlsruhe.

Abkürzungsverzeichnis.

aaO	am angegebenen Ort.
abl.	ablehnend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
AG	Aktiengesellschaft
AG	"Aktiengesellschaft"(Jahr und Seite)
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung.
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts(Band u.Seite)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbN	Arbeitnehmer
AR-Blattei	Arbeitsrechtsblattei.
ArbG	Arbeitgeber
ArbGericht	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht(Jahr und Seite)
AZO	Arbeitszeitordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des BAG(Band und Seite)
BAM	Bundesarbeitsministerium
BArbBl	Bundesarbeitsblatt(Jahr und Seite)
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BB	Betriebsberater
Bd	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzgebuch
BGBl	Bundesgesetzblatt(Teil,Jahr und Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen (Band und Seite)
BK	Bonner Kommentar
BRat	Betriebsrat.
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht,Sozialversicherung und Arbeitsrecht(Jahr und Seite)

BSG	Bundessozialgericht
BT	Bundestag
BT-Prot.	Protokolle des Bundestages
BUrlG	Bundesurlaubgesetz
BUV	Betriebs-und Unternehmensverfassung (Jahr und Seite)
BV	Betriebsvereinbarung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG(Jahr und Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des BVerwG(Jahr und Seite
DB	Der Betrieb(Jahr und Seite)
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung(Jahr und Seite)
DVBl	Deutscher Verwaltungsblatt(Jahr undSeite)
Erl.	Erläuterung
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die GmbH
GMH	Gewerkschaftliche Monatshefte(Jahr und Seite)
Gr.	Großer
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelgesetzbuch
h.M.	herrschene Meinung
HV	Hauptversammlung
i.S.	im Sinne
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift(Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung(Jahr und Seite)
JurA	Juristische Analysen(Jahr und Seite)

KG	Kammergericht
KRG	Kontrollratsgeset
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitgericht
l.Sp.	linke Spalte
Mitb-Gespr.	Das Mitbestimmungsgespräch(Jahr und Seite)
Mitb-Recht	Mitbestimmungsrecht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift(Jahr und Seite)
ÖTV	Gewerkschaft Öffentliche Dienste,Transport und Verkehr
OHG	offene Handelsgesellschaft
PatG	Patentgesetz
Quelle	Die Quelle(Jahr und Seite)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit(Jahr und Seite)
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Jahr und Seite)
ständ.Rechtsprechung	ständige Rechtsprechung
StabG	Stabilitätsgesetz
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz
Vorbem.	Vorbemerkung
VVdStRl	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer(Jahr und Seite)
WiStrG	Wirtschaftsstrafgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuW/E BGH	Entscheidungen des BGH, abgedruckt als Anlage zur Zeitschrift "Wirtschaft und Wettbewerb"

WWI-Mitt.	Mitteilungen des Wirtschaftswissenschaftlichen Instituts(Jahr und Seite);jetzt WSI-Mitteilungen
ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht(Jahr und Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Band und Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
zust.	zustimmend

E R S T E R T E I L

Problemstellung

Am 9.4.1949 wurde das Tarifvertragsgesetz erlassen, das in § 1 Abs.1 die Regelung der betriebsverfassungsrechtlichen Fragen zum Tarifgegenstand erhoben hat.

Am 23.5.1949 ist das Grundgesetz in Kraft getreten, das in Art. 9 Abs.3 die Wahrung und Förderung der Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen den Tarifparteien überlassen hat.

1952 hat das Betriebsverfassungsgesetz die Betriebsverfassung geregelt und dem BRat als Repräsentanten der Arbeitnehmer Mitb-Rechte zugesprochen.

1972 ist das neue BetrVG und am 4.5.1976 das neue Mitb-Gesetz ergangen.

Sowohl das alte als auch das neue BetrVG haben keine ausdrückliche Aussage darüber enthalten, ob sie die Mitb-Rechte abschließend oder tarifdispositiv regeln wollten. Das alte BetrVG erklärte in § 2, daß die Aufgaben der Koalitionen durch das Gesetz unberührt blieben, während das neue in §2 Abs.3 die Unantastbarkeit wieder ausdrücklich bestätigt. Dies, in Verbindung mit dem Schutzcharakter des BetrVG zugunsten der ArbN, legt den Schutz nahe, daß die Mitb-Rechte nicht als eine Limitierung, sondern als eine Sicherung der ArbN-Rechte gelten.

Andererseits kann die Tatsache, daß das BetrVG in seiner Entstehung und Struktur außerordentlich umstritten war und nach heftigen Diskussionen im Parlament zustandekam, auch dahingehend interpretiert werden, daß der Gesetzgeber eine abschließende Regelung erzielte,die die gegenseitigen Interessen ausgewogen hat und die deshalb, um der gesamten Wirtschaftspolitik willen, auch von den Tarifparteien respektiert werden muß.

Es sind so grundsätzlich zwei Fronten gebildet, die mit einer Reihe von Argumenten die Richtigkeit ihrer Auslegung für sich in Anspruch nehmen.

Die Frage der Zulässigkeit der Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse durch TV ist vom besonderen Interesse, wenn man berücksichtigt, daß die Mitb-Rechte des BRates nach h.Meinung Arbeits-und Wirtschaftsbedindungen sind und die Sicherheit des Arbeitsplatzes am stärksten betreffen. Sie nimmt aber größere Dimmensionen an, wenn man in Erwägung zieht, daß der staatliche Gesetzgeber wegen der parlamentarischen Kräfteverhältnisse bisher außerstande war, die paritätische Mitbestimmung auf unternehmerischer Ebene einzuführen.
Das neue Mitb-Gesetz, das seit Juli 1976 in Kraft getreten ist, stellt zwar für die ArbN der Großunternehmen einen Schritt vorwärts dar, von einer echten paritätischen Mitbestimmung kann aber nocht nicht die Rede sein. Die neue Regelung überläßt wieder der Arbreitgeberseite das letzte Wort. Wie aber hervorgehoben wurde, wird nur dort diskuiert, wo echte paritätische Mitbestimmung vorliegt, wo dagegen unterparitätische Verhältnisse gelten, wird nur gezählt.
Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist:

1. inwieweit im Rahmen der Betriebsverfassung die dem BRat gesetzlich zuerkannten Mitb-Rechte gegenüber dem ArbG durch TV erweitert oder eingeschränkt werden können und
2. inwieweit dem BRat tarifvertraglich Befugnisse eingeräumt werden können, die, über den Bereich der Betriebsverfassung hinaus, unmittelbar oder mittelbar Rückwirkungen auf die Unternehmensverfassung entfalten können.

Die erste Fragestellung ist grundsätzlich für diejenigen Unternehmen von Bedeutung, die dem BetrVG unterliegen. Die zweite betrifft nicht nur die vom BetrVG,sondern auch die vom Mitb-Gesetz erfaßten Unternehmen.

Im ersten Teil soll die Erweiterungsfrage auf Gesetzesebene untersucht werden.

Imzweiten sollen Überlegungen angestellt werden, ob einer Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse verfassungsrechtliche Scrhanken gesetzt sind.

Dabei soll die nicht verfassungsrechtliche Frage aufgerollt werden, wieweit die tarifvertragliche Erweiterung der ArbN-Vertreter und die Unternehmensstruktur unter gesellchaftsrechtlichen Aspekten vereinbar sind.

UNTERSUCHUNG AUF GESETZESEBENE

I. Kapitel

1. Rechtsgrundlagen und Regelungsrahmen der tarifautonomen Betätigung der Koalitionen in betriebsverfassungsrechtlichen Fragen.

Das TVG hat in § 1 Abs. 1 festgesetzt, daß der TV unter anderem auch Rechtsnormen enthalten kann, die betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen.
Es handelt sich um die Gesamtheit der Regeln über die Rechtsstellung der Arbeitnehmerschaft und ihrer Organe im Betriebe, ihrer Rechte und Pflichten und ihre Stellung zum ArbG.[1] Unter den betriebsverfassungsrechtlichen Normen sind u.a. diejenigen Normen zu verstehen, die die Mitb-Rechte des BRates gegenüber dem ArbG regeln.
Diese Normen gehören nicht mehr, wie früher,[2] zum schuldrechtlichen, sondern gemäß § 4 Abs.1 Satz 2 TVG zum normativen Teil des TV, entfalten also in ihrem Geltungsbereich eine unabdingbare Wirkung.
Unabdingbare Wirkungen entfalten sie gemäß §3 Abs.2 TVG nicht nur gegenüber tarifgebundenen, sondern auch gegenüber nichttarifgebundenen ArbN, wenn nur der ArbG tarifgebunden ist.[3]
Es wird auch die Meinung vertreten, daß die betriebsverfassungsrechtlichen Normen den Tarifparteien keine Rechtssetzungsbefugnis gegenüber nicht organisierten ArbN eröffnen, weil die Ta-

---

1) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts 7.Aufl. II/1 S.293; Maus TVG Komm. 1956 Anm.163,164; Richardi,Kollektivgewalt S. 245; Biedenkopf,Grenzen der Tarifautonomie S.307f; Buchner, TVG und Koalitionsfreiheit Diss. S.11.

2) § 1 TVVO enthielte nur eine gesetzliche Ermächtigung zu solchen Rechtsnormen, die den Inhalt des Arbeitsvetrages bestimmen. Die betriebsverfassungsrechtlichen Normen könnten nur mit schuldrechtlicher Wirkung geregelt werden,siehe Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG Komm. 4.Aufl. §1 Anm.70.

3) Für eine solche Auslegung hat sich die überwiegende Meinung ausgesprochen:Hueck-Nipperdy aaO II/1 S.549ff; Nikisch,Arbeitsrecht Bd II 2.Auf.S.262,300,405; E.R.Huber Wirtschaftsverwaltungsrecht 2.Aufl.II S.437; Maus, TVG Komm.§1 Anm150; vor allem Biedenkopf, aaO S.57,100,288,308;ders. Verh. des 46.DJT Bd I/1 S.114,153f;vgl Dietrich,Die betrieblichen Normen nach TVG v.9.4.1949, 1964; offengelassen vom Gr.Senat des BAG, in BAG AP Nr.13 zu 9 III GG=BAGE 20,175(197).

rifautonomie auf der Verbands-und nicht auf der Betriebszugehörigkeit beruhe.[4)]
§3 Abs.2 TVG, der die Geltung tariflich vereinbarter betriebsverfassungsrechtlicher Normen auf die Außenseiter ausdehnt, ist aber kein TV, sondern ein formelles Gesetz, das, wie es oft beim BetrVG der Fall ist,[5)] dem TV den Vorrang einräumt.[6)]

Nachdem der Gesetzgeber als Basis für die Ausgestaltung der Mitb-Rechte der ArbN gegenüber dem Kapitalfaktor den Betrieb gestellt hat, war das Bedürfnis nach einer einheitlichen Regelung,wegen der Natur der Mitb-Regelungen als Solidarnormen, so evident, daß man dem § 3 Abs.2 TVG nur eine einheitliche Geltung entnehmen kann.
Man kann daher mit der weit überwiegenden Meinung davon ausgehen, daß die tariflichen betriebsverfassungsrechtlichen Normen auch die Außenseiter erfassen.

2. TVG und BetrVG.

Bis zum Erlaß des BetrVG 1952 herrschte Übereinstimmung, daß die Tarifparteien zur Ausgestaltung der Betriebsverfassung und daher zur Erweiterung der Mitb-Rechte berufen waren.[7)]
Mit dem Inkrafttreten des BetrVG gingen die Meinungen weit auseinander. Das BetrVG 1952 das dem BRat Mitwirkungsmöglichkeiten eingeräumt hat, hat zum einem in § 2 die Aufgaben der Koalitionen, zu denen auch die Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen gehört, als unberührt erklärt, zum anderen eine Reihe ausdrücklicher Ermächtigungen zu Kollektivverein-

---

4) Zöllner RdA 1962,453; Richardi,Kollektivgewalt S.224ff; Dietz-Richardi,BetrVG Komm. 1972,§2 Anm.76.
5) Z.B. §56 BetrVG 1952(§ 87 BetrVG 1972) stellt das Mitb-Recht des BRates unter den Vorbehalt andersartiger tariflicher Vereinbarung.
6) Eine andere Frage ist, ob die Erweiterung der Mitb-Rechte auch erstreikt werden kann,über diese Problematik S.147.
7) Da zur Zeit des Erlaßes des TVG die Betriebsverfassung durch das Betriebsrätegesetz des Kontrollrats nur lückenhaft geregelt war, eröffnete sich der Tarifautonomie der Verbände ein bedeutsames Feld für gestaltende Arbeit, siehe dazu Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.294; Dietz-Richardi, aaO §2 Anm. 80; Walter,BB 1953,90; Siebert 1958,421f;Böttticher SAE 1965,16; Galperin DB 1966,623.

barungen beinhaltet,[8] im übrigen aber keine klare Aussage über eine zwingende oder dispositive Natur der Mitbestimmungsregelungen gemacht.

Das BetrVG 1972 hat wieder in § 2 Abs.3 die Unantastbarkeit der Koalitionsaufgaben ausdrücklich bestätigt. Die neue Fassung in § 2 Abs. 3 "...insbesondere die Wahrnehmung..." weist sogar deutlicher darauf hin, daß zu den Aufgaben der Koalitionen nicht nur die Wahrnehmung der Interessen der Koalitionsmitglieder,sondern auch die Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen gehört.Obwohl außerdem das neue BetrVG die Fälle ausdrücklicher Ermächtigungen zu Kollektivvereinbarungen erheblich erweitert,[9] weist es grundsätzlich die gleiche Struktur auf und läßt die Frage offen.

Einigkeit besteht nur darüber:

1) Daß die organisatorischen Bestimmungen, die die Betriebsvertretungen,ihre Wahl und Zusammensetzung betreffen, zwingend gelten,[10] soweit das Gesetz nicht ausdrücklich Ausnahmen zugelassen hat.[11]

2) Daß die Vorschriften des BetrVG, die die Rechtsstellung der Belegschaft im Rahmen der Unternehmensverfassung bestimmen zweiseitig zwingendes Recht sind. Es ist also verboten, durch TV in die Zusammensetzung der Aufsichtsräte einzugreifen, denn dem stehen §§96,101 AktG entgegen, nach denen die Mitglieder des Aufsichtsrates von der HV gewählt werden müssen.

---

8) Solche Ermächtigungen im alten Recht sind: §§ 20 III,47 II, 50,57, 60 III und 75.

9) Die im neuen BetrVG vorgesehenen Fälle sind in folgenden Vorschriften geregelt: §§ 3 I,38 I Satz 3,47 IV,55 IV, 72 IV, 76 VIII, 86,88, 102 VI und 117 II.

10) Brecht,BetrVG Komm. §3 Anm.2; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG 1974 §1 Amm.45,§3 Anm.1;Gnade-Kehrmann-Schneider, BetrVG Komm.1972,§3 Anm.1;Stege-Weinspach,BetrVG S.196; Erdmann-Jürging-Kammann BetrVG Komm.§3 Anm.1;Däubler,Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 1973 S.365; Dietz-Richardi BetrVG Komm.§2 Anm81; vgl. BT-Drucks.VI/1786 S.36; Zum BetrVG 1952:Dietz,BetrVGKomm.4.Aufl.§1 Anm.14a,§2 Anm. 17; Galperin-Siebert Komm.zum BetrVG 4.Aufl.Vorbem.vor§3 Anm.44,§2 Anm.2; Bührig,Handbuch der Betriebsverfassung S. 85;Nikisch Arbeitsrecht II S.305,III S.31; Hueck-Nipperdey aaO II/1 S.295, II/2 S.1333f; Neumann-Duesberg,Lehrbuch des Betriebsverfassungsrechts 1960, S.261; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke TVG Komm. 4.Aufl. § 1 Anm. 72; Biedenkopf,Die Grenzen der Tarifautonomie S.298; ders.Verh. des 46.DJT Bd. I/1 S.153;Richardi,Kollektivgewalt S.205f;Hueck BB1952,926.

11) Solche Vorschriften waren im alten Recht:§§20 III,47 II und III, 50 V. Im neuen BetrVG sind es: §§ 3 I,38 I Satz 3,47 IV,55 IV, 72 IV, 76 VIII, 86 und 117 II.

Von diesem Grundsatz kann nur ein Gesetz Ausnahmen zulassen. Dies ist durch §§ 76 und 77 BetrVG, durch die Mitb-Gesetze und das Holdingsgesetz geschehen. Sie allein sind maßgebend.[12]

3) jede Einschränkung der gesetzlich vorgeschriebenen Mitbestimmungsrechte unzulässig ist.[13]

Der Schutzzweck der Mitbestimmungsregelungen,der historisch und funktionell betrachtet in der Sicherheit des Arbeitsplatzes liegt, schließt die Möglichkeit einer tarifvertraglichen Abschwächung des Mitb-Rechts aus. Anders könnte das Mitb-Recht in Krisenzeiten für die ArbN gegen andere kurzfristige Gegenleistungen "verkauft" und auf diesem Umwege der erreichte soziale status quo der ArbN wieder verschlechtert werden.

Sehr umstritten ist dagegen die Rechtslage darüber, ob die Mitb-Rechte über das vom BetrVG gesetzte Maß hinaus zugunsten der ArbN erweitert werden können.

Die Antwort ist davon abhängig, wo der TV als unabdingbare Gesetzgebung seine Grenzen findet.

Übereinstimmung herrscht nur darüber, daß der TV dem zwingenden Recht weichen muß.[14] Diese Antwort bedeutet aber nur eine Verlagerung des Problems, weil die Frage weiter lautet,ob die Mitb-Regelungen des BetrVG zweiseitig zwingendes Recht

---

12) Hueck-Nipperdey aaO II/1 S.295, II/2 S.1490; Galperin BB 1966,623(link.Sp.);Hueck-Nipperdey-Stahlhacke Komm. zum TVG 4.Aufl. §1 Anm.75; Galperin-Siebert ,Komm.zum BetrVG Vorbem. 50 vor §1 und Vorbem. 20ff vor §72 BetrVG;Fitting-Kräigeloh-Auffarth BetrVG Komm.9.Aufl. §76 Rn.6; Hanau-Adomeit Arbeitsrecht 1972,S.61;A.Hueck BB 1952,928;Neumann-Duesberg Grundrechte III/1 S.416; Richardi,Kollektivgewalt S.244; Söllner,Arbeitsrecht S.129; Spieker, WWI-Mitt 1963,242;Biedenkopf,Die Grenzen der Tarifautonomie S.273 Fn.57;Hoffmann Rechtsfortschritt S.6; Beuthien , JuR 1970,131; Kritisch dazu Hensche, AuR 1971,36ff;Däubler,Das Grundrecht auf Mitbestimmung S.327.

13) Das BAG(BAG AP Nr.9zu § 56 BetrVG Wohlfahrtseinrichtung) sagt:"Alle Mitbestimmungsrechte sind unabdingbar." Siehe Fitting-Auffarth-Kaiser,BetrVG Komm.1974,§1 Anm.45;Hueck-Nipperdey-Stahlhacke TVG Komm. § 1 Anm.73; Hueck-Nipperdey aaO II/1 S.294,372;Galperin BB 1966,622(r.Sp.); Biedenkopf aaO S.154; Siebert DB 1958,421;alle übrigen Autoren gehen als selbstverständlich davon aus, daß die Mitb-Rechte nicht eingeschränkt werden können.

14) Über das Verhältnis zwischen Tarifautonomie und zwingendem Recht siehe Hueck-Nipperdey aaO II/1 S.370ff;Biedenkopf aaO S.158ff.

sind.
Das Schriftum hat zu dieser höchst umstrittenen Frage unterschiedlich Stellung bezogen.
Es ist dazu einerseits auf die Entstehungsgeschichte des BetrVG zurückgegangen,andererseits hat es sich juristisch konstruktiver Argumentation bedient, um eine überzeugende Antwort auf die Natur der Mitb-Rechte zu gewinnen.
Eine Auseinandersetzung mit den bisherigen Stellungnahmen ist für eine abschließende Klärung der Frage erforderlich.

II. Kapitel

Auseinandersetzung mit der Literatur

1. Entstehungsgeschichte des BetrVG.

Manche Autoren[15] haben den Versuch unternommen, von den Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte für eine abschließende Regelung der Mitb-Rechte herauszugreifen.
Die Tatsache, daß die Gesetzesentwürfe von DGB,[16] SPD[17] und Bundesarbeitsministerium[18] eine "Öffnungsklausel" zugunsten einer tariflichen Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse beinhalteten,diese Klausel aber von dem schließlich verabschiedeten Gesetzesentwurf nicht übernommen wurde, spreche-nach dieser Auffassung- für eine geschlossene Regelung.[19]
Wie wenig daraus ein zuverlässiger Schluß entnommen werden kann, indiziert aber die amtliche Begründung[20] des RegE zu § 3 BetrVG:" Inwieweit von anderen als organisatorischen Vorschriften durch TV abgewichen werden kann, regelt der Entwurf-ebenso wie das geltende Recht- grundsätzlich nicht".

---

15) So Buchner , AG 1971,130; Stege-Weinspach,BetrVG 1972,S.213,249;Dietz-Richardi,BetrVG Komm.§ 2 Anm. 84.
16) § 1 Abs.3 des DGB-Vorschlags(RdA 1970,237) lautete:"Durch TV können die Errichtung anderer Vertretungen der ArbN bestimmt und über dieses Gesetz hinausgehende günstigere Rechte der ArbN und ihrer Vertretungen vereinbart werden".
17) §2 Abs.2 des Entwurfs der SPD-FRaktion (RdA 1969,130) lautete:"Durch TV oder BV können über die Bestimmungendieses Gesetzes hinausgehende Rechte der ArbN begründet werden".
18) § 3 Abs.1 Ziff.3 des im Arbeitsministerium erstellten Entwurfs(RdA 1970,357) lautete: "Durch TV können bestimmt werden...die Erweiterung der Aufgaben und Befugnisse der Vertretungen der ArbN...".
19) So argumentieren die in Fn.15 angegebenen Autoren.
20) BT-Drucks. VI/1786, Begründung zu § 3 BetrVG S.36(1.Sp.)

Sieht man diese Aussage in Verbindung mit der Begründung[21] des RegE zu § 102 Abs.6, daß durch diese Vorschrift (§ 102 Abs.6) die bisherige Tarifpraxis (über ein volles Mitb-Recht) ausdrücklich zugelassen werden solle-die bisherige Tarifpraxis war also vom Gesetzgeber stillschweigend anerkannt oder gedul et-, so kann man zu dem Ergebnis gelangen, daß zumindest eine offene, geplante (im Gegensatz zu einer planwidrigen) Regelungslücke[22] vorliegt, die allerdinds an sich nicht zur Interpretation gegen eine tarifliche Erweiterung herangezogen werden kann.

Dieser Zustand der Unentschiedenheit deutet zwar auf eine Verweisung auf den bisherigen Rechtszustand hin, ohne daß aber daraus eine klarere Erkenntnis gewonnen werden kann.
Es wurde dabei auf die Ablehnung eines SPD-Antrags im Bundestag verwiesen,der eine "Öffnungsklausel" ins Gesetz aufnehmen wollte.[23] Dieser Ablehnung ist aber trotzdem kein entscheidendes Gewicht beizumessen[24] weil der Antrag nach dem ausdrücklichen Willen seiner Initiatoren nur klarstellenden Charakter besaß.[25]
Seine Ablehnung erfolgte außerdem ohne jede Diskussion, so daß die Gründe der Nichtannahme ungeklärt blieben.[26]
Angesichts der Sicherung der gewerkschaftlichen Betätigung in § 2 BetrVG 1952 kann man dem Gesetzgeber den Willen unterstellen, er habe zugunsten einer baldigen Verabschiedung gescheut, einen Antrag in die Diskussion zu bringen,der unendliche juristische Ausseinandersetzungen auslösen würde. Darüber hinaus könnte er in der strittigen Frage ein mit der Auslegung der Verfassung verbundenes Problem gesehen haben, so daß letzten Endes seine Ablehnung mit einer sachlichen Beur-

---

21) BT-Drucks. VI/1786,S.52 (r.Sp.),Begründung zu §102 VI
22) Für eine Regelungslücke :Säcker ZFA 1972 Sonderheft S.46f; Fabrikius/Kraft/Thiele/Wiese BetrVG Komm.1972,vor§ 92 Anm. 17.
23) Der von der SPD gewünschte § 89 BetrVG 1952 lautete:"Das Recht der Tarifparteien zur Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen durch TV bleibt unberührt."
24) Für eine negative gesetzgeberische Entscheidung hielten aber die Ablehnung :ERdmann,BetrVG Komm. 2.Aufl. §90 Anm. 7 ; Galperin, DB 1966,622; Walter, BB 1953,89ff.
25) Vgl Abgeordn. Richter BT-Prot.I/10090.
26) Zustimmend :Fabrikius ZStW 111,356; A.Hueck BB 1952,926; G.Müller RdA 1969,227 Fn.5; Schwendy, Abänderbarkeit betriebsverfassungsrechtlicher Rechtssätze,1969, S.44.

teilung des Antrags nichts zu tun hatte.
Nimmt man Rücksicht darauf, daß, trotz der höchst umstrittenen Rechtslage im alten BetrVG, das neue BetrVG mit aller Sorgfältigkeit eine klare Stellungnahme vermieden hat, so kann man einen ablehnenden gesetzgeberischen Willen gegenüber der Erweiterung nicht überzeugend annehmen.[27] Dieses Ergebnis gewinnt um so mehr an Überzeugungskraft, als das PersVG in § 78 Abs.1 die entsprechende Frage ausdrücklich geregelt hat.[28]

2. Ausnahmeermächtigungen zu Kollektivvereinbarungen und ihre Bedeutung für den Charakter der Mitb-Rechte.

Nicht weiter führen konnte die Argumentation mancher Autoren zum alten Recht, die aus der Existenz einiger Ermächtigungen zu Kollektivvereinbarungen(§§20 III,47 II,50 V,56,57,60 III und 75 BetrVG) den Schluß ziehen wollten, die Regelung in Bezug auf die übrigen Vorschriften sei deswegen zwingend, da andernfalls die Ausnahmebestimmungen überflüssig und unverständlich seien.[29] Mit Recht ist dem entgegengehalten worden,[30] daß §§ 20 III,47 II und 50 V Abweichungen von Organisationsnormen vorsahen.
Solche Normen sind aber nach unbestrittener Auffassung zwingend,[31] so daß bei ihnen ein spezielles Bedürfnis nach einer ausdrücklicher Ermächtigung bestand.Da die Mitb-Regelungen aber keine organisatorischen Vorschriften sind, kann man von den Ausnahmeermächtigungen keinen Schluß auf die Erwei-

27) Den Gesetzesmaterialien legen keinen entscheidenden Wert bei:Brecht,BetrVG Komm. § 1 Rn 26f;Fitting-Auffarth-Kaiser,BetrVG Komm. 1974,§1 Rn 5f;Halberstadt,Das neue BetrVG 1972,§3 Rn.1;Lichterstein DB 1971,87;Daubler,Das Grundrecht auf Mitbestimmung.S.83,84,365,366;DGB-Komm.1972,S.56

28) §78 Abs.1PersVG:Durch TV kann das Personalvertretungsrecht nicht abweichend von diesem Gesetz geregelt werden.

29) So Dietz,DB 1952,969ff(972);Erdmann,BetrtVG Komm.2.Aufl.§ 90 Erl.6 S.406; Walter,BB 1953,89ff(91);Wawretzko,Berl.Wirtschaft1953,266ff;ders.Berl.Witschaft 1952,1598;Huber,Wirtschaftsverwaltungsrecht II S.539; Siebert,RdA1959,167f(172).

30) Siehe im einzelnen A.Hueck, BB 1952,925ff.

31) Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.295;Hueck-Nipperdey,Grundriß des Arbeitsrechts,S.202; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke,TVG Komm. 4.Aufl.§1 Anm.72a;Dietz,BetrVG Komm.4.Aufl.§2 Anm.17,§1 Anm. 14a,§6 Vorbem.6,§49 Vorbem.41;ders.PersVG Komm.§78Anm.2; Sommer,ArbR-Blattei,Tarifverrag VA,III,2;Monjau,BetrVG Komm. S.19; Schnorr v.Carodfeld,Arbeitsrecht 2.Aufl.§11,1b S.407; Hueck BB 1952,925f(926);Biedenkopf,DieGrenzen der Tarifautonomie,S.298;BAG AP Nr.1zu §80 ArbGG.

terung der Mitb-Rechte ziehen.
§ 60 III BetrVG , der zur näheren Abgrenzung des Versetzungsbegriffs ermächtigte, war aus einem Grund geboten, der mit der Natur der Mitb-Rechte wenig zu tun hatte: Da eine Abweichung zu Lasten der gesetzlichen Mitbestimmung einhellig ausgeschlossen ist,[32] bedurfte es einer besonderer gesetzlichen Ermächtigung, um zu vermeiden, daß Begriffsbestimmungen, die eine gegenüber dem Gesetz ungünstigere Regelung enthielten, ungültig waren.[33]
Aus §50 V könnte man eher Anhaltspunkte für eine Erweiterung herausgreifen. §50 V ließ zwar ausdrücklich nur eine Änderung des"Verfahrens" vor der Einigungsstelle zu; da aber Absatz V auch auf Absatz IV verwies, der die Fälle des verbindlichen Spruchs der Einigungsstelle vorsah, ermächtigte Absatz V -nach einer stark vertretenen Ansicht- zu einer Erweiterung des Kreises der Angelegenheiten, in denen die Einigungsstelle verbindlich entscheiden konnte.[34]
§§ 57 und 75 betrafen nur BV, die, im Gegensatz zum TV, immer einer Grundlage im BetrVG bedarf, weil sonst dem BRat die Zuständigkeit fehlt. Die unterschiedliche Behandlung zwischen TV und BV beruht darauf, daß § 1 TVG zwar die Normsetzungsbefugnis der Tarifparteien, nicht aber der Betriebspartner anerkennt.[35]
Schließlich könnte man in § 56 eher einen Beweis für die Abänderbarkeit betriebsverfassungsrechtlicher Rechtssätze sehen, da er die ganze Zusammenarbeit auf sozialem Gebiet unter dem Vorbehalt abweichender tariflicher Regelung stelte.[36]
Stellt man dem alten das neue BetrVG gegenüber, so scheint die Rechtslage deutlicher und weniger problematisch.
§ 3 I BetrVG 1972 erweitert die Möglichkeit zur Veränderung der organisatorischen Struktur über den vom §20 III BetrVG 1952 erfaßten Fall hinaus auf die Einrichtung von Arbeits-

---

32) Vgl.Hueck-Nipperdey-Stahlhacke,TVG Komm.4.Aufl. §1 Anm. 73; Pöschke,AuR 1965,257ff(260);Hueck BB 1952,925ff(927) ders.Probleme des Mitb-Rechts S.17;Nikisch RdA 1964,305f
33) Hueck BB 1952,925ff(926); Fabrikius ZStW 111,354ff(356); zu §60 III 2 auch Pöschke AuR 65,257ff(260);Biedenkopf Die Grenzen der Tarifautonomie S.288.
34) Schwendy, Die Abänderbarkeit betriebsverf. Normen S.12.
35) Hueck,BB 1952,925ff;Biedenkopf aaO S.294;
36) Fitting-Krägeloh-Auffarth,BetrVG Komm.9.Aufl. §1 Anm.28

gruppen und auf die Zuordnung von Betriebsteilen und Nebenbetrieben.
Die in § 47 II BetrVG 1952 enthaltene Ermächtigung zu tariflicher Bestimmung von Mitgliederzahl und Zusammensetzung des Gesamtbetriebsrats findet sich jetzt in modifizierter Form ausgedehnt auf Konzernbetriebsrat(§ 55 IV BetrVG 1972) und Gesamtjugendvertretung (§ 72 IV BetrVG 1972).
Die Vorschrift des § 50 V BetrVG 1952 über die Ersetzung der im Gesetz vorgesehenen durch eine tarifliche Schlichtungsstelle ist in §76 VIII BetrVG 1972 enthalten.Die Ermächtigung zu Verfahrensabweichungen, die als Anhaltspunkt für eine im übrigen zwingende Regelung angesehen wurde, ist aber weggefallen.
Weggefallen sind auch §§ 60 III 3 und 75 BetrVG 1952, so daß nur die Ermächtigung zu zustimmungsbedürftigen Kündigungen (§102 VI BetrVG 1972) neu in das Gesetz aufgenommen wurde. Qualifiziert man die ausdrücklich zugelassenen Abweichungsmöglichkeiten im neuen BetrVG, so beziehen sie sich, außer der Bestimmung des § 102 VI, nur auf Organisationsnormen. Beide Fälle liefern aber, wie schon dargelegt,[37] keinen Anhaltspunkt, der den abschließenden Charakter der Mitb-Rechte rechtfertigen kann.[38]

3. Weitere wortbezogene Argumente.

Im alten Recht ist der in §1 BetrVG enthaltene Ausdruck"nach Maßgabe dieses Gesetzes" von manchen Autoren[39] dahingehend interpretiert, darin müsse man eine Aussage gegen eine vom Gesetz abweichende(tarifliche) Regelung sehen.
Obwohl der gezogene Schluß auch im früheren Recht nicht zuverlässig sein könnte, weil die Frage weiter darin bestünde, ob diese "...Maßgabe..." nur die organisatorische oder darüber hinaus auch die materielle Ausrüstung des BRates betraf,

37) Für die zwingendeNatur der Organisationsnormen siehe S.9 und für den Rechtfertigungsgrund des § 102 VI siehe S.10.
38) Daß von der Regelung im organisatorischen Bereich nicht auf die Natur der Mitb-Rechte geschlossen werden kann, siehe die klare Aussage der amtlichen Begründung des RegE zu § 3 BetrVG 1972,BT-Drucks.VI/1786 S.36 (1.Sp)
39) Meissinger,BetrVG 1952,§1 Anm.8,der auf den Versuch verweist, in den Auschußarbeiten die Worter "...nach Maßgabe dieses Gesetzes..." zu streichen! ;Schwendy,aaO S.44, nach dem hier gerade um die"Maßgabe" des Gesetzes geht.

kommt derselbe Ausdruck im neuen Recht nicht mehr vor.[40]
Ein anderes mehr ins Gewicht fallendes Argument, das vielfach mißbraucht wurde, stellte die in § 49 BetrVG 1952 enthaltene Forderung dar, daß in der Zusammenarbeit zwischen ArbG und BRat auch das Gemeinwohl berücksichtigt werden müsse.
Diese Forderung ist schon weggeffallen, so daß der Gesetzgeber auch hier für die Eliminierung der Anhaltspunkte gesorgt hat, die einer zwingender Natur der Bet eiligungsrechte des BRates Nahrung gegeben haben.

4. Scheitert die Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse an fehlender Zuständigkeit der Belegschaft?

In der Auseinandersetzung um die Erweiterung der Mitb-Rechte wurde die These aufgestellt, Träger der Mitbestimmung sei die Belegschaft, die das BetrVG zu einer juristischen Person mit beschränkter Rechtsfähigkeit erhoben habe.[41] Der BRat sei deren handlundsfähiges Organ, das berufen ist, die Mitb-Rechte der Belegschaft auszuüben. Da die Rechte und Pflichten der Belegschaft, die ihre Rechtsfähigkeit bestimmen, nur von der Rechtsordnung verliehen werden könnten, und die Handlungsfähigkeit des BRates ihre Grenzen an der Rechtsfähigkeit der Belegschaft fände, könne der BRat nicht mehr Rechte ausüben als der Belegschaft zustehen. Die Mitb-Rechte könnten deshalb über das im Gesetz zugelassene

---

40) Der Ausdruck "nach Maßgabe" kam nicht nur in §1 sondern auch in § 60 I BetrVG 1952 vor.

41) Die vor 1933 herrschende Lehre sah in der Belegschaft eine juristische Teilperson. Sie war von Kaskel(NZFR 1921,Sp.11ff) begründet worden.Ihm hatten sich angeschlossen:Kaskel-Dersch,Arbeitsrecht 4.Aufl. S.329;Mansfeld,Komm. zum Betriebsrätegesetz 3.Aufl.1930 vor §1 Anm.1ff;Feig-Sitzler,Komm.zum Betriebsrätegesetz,13. und 14.Aufl.1931§ 1 Anm.1.
Neuerdings hat Dietz diese Theorie zu Theorie beschränkter Rechtsfähigkeit modifiziert und verteidigt,Komm. zum BetrVG 4.Aufl.§1 Anm.5ff;Dietz-Richardi,BetrVG Komm.§1 Anm. 5ff m.w.N.
Gegen diese Auffassung waren besonders :Jakobi.Grundlehre S.292

Diese Lehre wird heute von der h.Meinung abgelehnt:Nikisch,Arbeitsrecht III S.15ff;ders.DB 1952,506;Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S.1806f);Huber,Wirtschaftsverwaltungsrecht II S.486.

hinaus weder durch einen Beschluß der Belegschaft noch durch TV oder BV erweitert werden.

Die Ablehnung der Erweiterung der Mitb-Rechte auf Grund der aufgestellten Theorie kann deswegen nicht angenommen werden, weil diese Konzeption auf eine Vorausetzung baut, die **erst** zu beweisen ist. Wäre die Belegschaft beschränkt rechtsfähig, so könnte trotzdem gegen die Erweiterung nichts vorgebracht werden.Was hier zählte, wäre nur,die genauen Grenzen dieser Rechtsfähigkeit nachzuweisen. Diese Grenzen können, wie auch Dietz annimmt,[42] nur von der Rechtsordnung gezogen werden. Die Rechtsordnung wird aber auch vom TV geschaffen, soweit er zulässig ist. Wie weit nun der TV zugelassen ist, ist eine Frage, die nur durch Auslegung des BetrVG erläutert werden kann. Diese Auslegung kann sich nicht nur darauf richten, daß das BetrVG ausdrücklich eine tarifliche Erweiterung erlaubt.[43] Ob das BetrVG auch in anderen Fällen, außer der ausdrücklichen Ermächtigung, durch eine tarifliche Abmachung geändert werden kann, kann nur in Zusammenhang mit dem TVG und seiner Funktion innerhalb der Verfassung ermittelt werden.Hier handelt es sich um betriebsverfassungsrechtliche Fragen, deren Regelung gemäß §1TVG prinzipiell der Tarifautonomie unterliegt.

Erst wenn die Auslegung stattgefunden hat, m.a.W erst wenn die Grenzen der tariflichen Betätigung innerhalb des BetrVG festgestellt wird, sind auch die Grenzen der Rechtsfähigkeit der Belegschaft entsprechend gezogen.[44] Die Ermittlung des Umfangs der Rechtsfähigkeit setzt die Gesetzesauslegung voraus,nicht umgekehrt,wie Dietz es unterstellt.

5. Verstößt die Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse gegen das öffentliche Pecht ?

Auf der gleicher Linie, wie die Belegschaftstheorie, bewewegen sich die Autoren, die den Versuch unternehmen, den

---

42) Dietz,BetrVG Komm.4.Aufl. §1 Anm.13.
43) So tut aber Dietz aaO
44) Zustimmend: Däubler,Das Grundrecht auf Mitbestimmung S. 363; Fabrikius,ZStW 111,366;Müller RdA 1969,231 Fn.39; Schwendy,Abänderbarkeit betriebsverfassungsrechtlicher Normen, S.70;Beuthien, JurA 1970,139.

abschließenden Charakter der Mitb-Rechte durch die Annahme zu rechtfertigen, das BetrVG gehöre zum öffentlichen Recht.[45] Man legt aber eine Konzeption zugrunde, die nur eine petitio prinzipii ist. Die Tatsache, daß das BetrVG einen Bereich ordnet, der gemäß § 1TVG der Tarifautonomie unterliegt, zwingt dazu, den zwingenden Charakter nur dort zu akzeptieren, wo ihn der Gesetzgeber haben wollte.
Alle einschlägige Argumentation[46] bezieht sich aber nicht speziell auf die Mitb-Rechte,sondern erschöpft sich darin,aus Merkmalen, die die Belegschaft und der BRat aufweisen,deduktiv den Schluß zu ziehen, daß die Mitb-Rechte auch zwingend sein müssen.
Diese Argumentationsweise ist deswegen abzulehnen, weil der Gesetzgeber,unabhängig von der übrigen Ausgestaltung der Belegschaft und ihrer Organe, die Mitb-Rechte speziell tarifdispositiv gestalten konnte. So wird die Fragestellung dahin verlagert, wie der Gesetzgeber die Mitbestimmungsregelungen auffaßt.

6. Rechtspolitische Argumentantion.

a) Der Strukturzwang des BetrVG

Nicht überzeugender sind diejenigen Thesen, die dem BetrVG eine verbindliche Struktur unterstellen.
Der Gesetzgeber habe die Struktur der erzwingbaren Mitbestimmung nach langen Beratungen als angemessene Lösung eines schwierigen und umstrittenen Problemkreises geregelt;dann

---

45) Vertreter dieser Theorie sind:Dietz,BetrVG Komm.4.Aufl. § 1 Anm.15ff und §49Anm.14, der aber nicht daraus die Unzulässigkeit der Erweiterung ableiten läßt; Molitor, FS für Herrschel 1955 S.112ff;Erdmann,BetrVG Komm.§1Anm. 5;Meissinger,BetrVG Komm. §1Anm.5;LAG Düsseldorf-Köln, BB 1955,161; Anderer Ansicht:Fabrikius ZStW 111,362ff (365)Ritzer,Die Erweiterung der Zuständigkeiten des BRats, Diss. S.63; Schwendy,aaO S.67;Däubler aaO S.362;Wrede, Schaffung undErweiterung von Beteiligungsrechten der ArbN durch Kollektivvereinbarungen,Diss. S.7.

46) Beispielsweise:Die Argumente, daß die Belegschaft ein Verband sei, der ohne den Willen seiner Mitglieder kraft Gesetzes gebildet werde,daß zwischen den ArbN und dem BRat ein öffentlich-rechtliches Über-und Unterordnungsverhältnis bestehe, daß eine Verwaltungsaufsicht in §82 BetrVG 1952 errichtet sei, Kritik daran siehe statt anderer Hueck-Nipperdey aaO II/2 S. 1905ff.

aber sei diese Lösung nicht nur ein mögliches Modell,sondern ...der Gesetzgeber wolle seine Regelung als die schlechthin angemessene Gestaltung des Mitb-Rechts geachtet wissen.[47] Die in sich abgewogene betriebsverassungsrechtliche Gesamtordnung könne nach alledem nicht lediglich als eine provisorische Mindestregelung zugunsten der ArbN angesehen werden.[48] Das BetrVG sei das GG des Betriebs.[49]

Solche rechtspolitische Argumente können keinen Beifall finden, weil siesich letzten Endes in einer bloßen Behauptung erschöpfen.

Abgesehen davon,"ob in einer Frage, in der die Ansichten so auseinander gehen(wie in der Mitbestimmungsfrage)eine absolut zwingende Regelung am Platz ist",[50] fehlt solchen Standpunkten gerade der positive Nachweis,daß der Gesetzgeber die Mitbestimmungsregelungen als eine schlechthin angemessene Gestaltung und nicht als Mindestbedingungen zugunsten der ArbN geschaffen hat. Solche Thesen entziehen sich eines rechtlichen Maßstabes, der die gemeinsame Beurteilungsbasis darstellen kann. Man kann deshalb mit der gleichen Berechtigung die Ansicht vertreten, daß die im BetrVG zuerkannten Mitb-Rechte nicht als die gerechte Verteilung von Mitbestimmungsbefugnissen zwischen ArbG und ArbN betrachtet werden können und deshalb vom Gesetzgeber nur als Mindestbedingungen eingeräumt worden sind.[51]

Nicht weiter führt die Konzeption von Nikisch [52]

Da das BetrVG ein Organisationsgesetz sei und zur Organisation des Betriebs auch die Festlegung ihrer funktionellen Zuständigkeit gehöre, seien die Mitbestimmmungsregelungen als organisatorische Bestimmungen keiner Änderung zugänglich.[52]

---

47) Siebert BB 1958,421(r.Sp.)
48) Galperin DB 1966,620ff(624r.Sp.);Kaufmann, NJW 1966,1684.
49) Galperin,ebenda; G.Müller DB 1962,804; vgl.Nikisch RdA 1964,307; Zum ähnlichen Ergebnis kommt auch Siebert,BB 1958,421; Huber,Wirtschaftsverwaltungsrecht II S.538.
50) So Hueck,BB 1952,927(l.Sp),wo weiter steht:"Ist es da richtig, die Möglichkeit zur Sammlung weiterer Erfahrungen durch ein gesetzliches Verbot abzuschneiden?"
51) Gegen einen Strukturzwang sind:Biedenkopf,Die Grenzen der Tarifautonomie,S.296;Däubler,aaO S.362f;LAG,SAE 1965,12ff.
52) Nikisch,RdA 1964,305ff(307);ders.Lehrbuch III S.352; Zustimmend Galperin aaO S. 624

Die Annahme aber, daß zum organisatorischen Teil des BetrVG auch diejenigen Bestimmungen gehören, die die materielle Ausrüstung des BRates mit Mitb-Rechten betreffen, ist einfach eine unbewiesene Behauptung.[53]

b) Kampfmaßnahmen und Erweiterung der Mitbestimmungsrechte.

In Zusammenhang mit der Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse wurden Bedenken daran geäußert, daß eine Zulässigkeit der tarifvertraglichen Erweiterung automatisch die Erstreikbarkeit de erstrebten Regelung mit sich bringen würde.[54]

Deswegen beziehen manche Autoren eine differenzierende Stellung, daß nur ein freiwilliger, ohne Druck zustandegekommener TV über betriebsverfassungsrechtliche Fragen akzeptabel sei.[55]

Wiewenig rechtlich tragbar und wie arm an Überzeugungskraft diese Argumente sind,wird deutlich,sobald man in Erwägung zieht, daß der Umfang der Rechtssetzungsmacht der Tarifparteien nicht von der Erstreikbarkeit der Regelung abhängig sein kann.[56] Das Gegenteil ist der Fall. Die Erstreikbarkeit ist automatisch gegeben, wenn die Rechtssetzungsbefugnis vorliegt. Anders wäre die tarifliche Regelungszuständigkeit nicht mehr von der staatlichen Anerkennunng oder Zuweisung, sondern vom Verhalten der präsumtiven Kompetenzträger abhängig.[57]

Hätten sich beide Tarifparteien mit dem Inhalt einer Forderung einverstanden erklärt, dann wäre die Regelungszuständigkeit gegeben und die entsprechende Regelung erstreikbar. Hätten sie sich nicht geeinigt,dann wäre auch der TV unzulässig.Eine solche von subjektiven Kriterien abhängige Rechtssetzungsbefugnis kann aber kaum vertreten werden.

---

53) Zutreffende Kritik daran bei Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S.1805.
54) Galperin DB 1966,624ff;Nikisch,Arbeitsrecht II S.112,119; ders. RdA 1964,307; Bötticher,SAE 1965,16;Huber,Wirtschaftsverwaltungsrecht III S.538ff;
55) Biedenkopf, Die Grenzen der Tarifautonomie S.213ff(215); Säcker ZFA 1972 Sonderheft S.46; Gamillscheg,Arbeitsrechtliche Rechtsfälle in Frage und Antwort S.388.
56) Auch das LAG Berlin (SAE 1965,12ff) hält das Argument von der Unerwünschbarbarkeit der Arbeitskämpfe hinsichtlich der Erweiterungsfrage nur für de lege ferenda vonBedeutung.
57) Schwendy,Abänderbarkeit betriebsverf. Normen S. 50.

Es ist deshalb davon auszugehen,daß die Unzuläßigkeit einer tariflichen Erweiterung des Mitb-Rechts nach geltendem Recht mit der Sorge vor Arbeitskämpfen nicht begründet werden kann.[58]

c) Müllers Konzeption und Kritik daran.

Müller[59] baut seine Argumentation darauf, daß nach einer höchst bedeutsamen Entscheidung des Gesetzgebers "die Interessen der Belegschaft und die Interessen des Unternehmens(und des Kapitals) grundsätzlich von zwei verschiedenen Stellen wahrgenommen werden sollen".[60]
"Gegen diesen Gedanken der Doppelpoligkeit bei der Gewaltausübung würde es verstoßen, wenn der BRat kraft TV oder BV gleichberechtigt mit dem ArbG gleichsam in der Form eines erweiterten Vorstandes den Betrieb leiten und die personalpolitischen Entscheidungen treffen würde".[61]
Der BRat solle nicht mit dem ArbG die Leitung des Betriebs in Anspruch nehmen und zwar um des Schutzes der Belegschaft und des BRates willen. Er solle im Interesse der Belegschaft -und auch ihrer Angehörigen - nicht in die Rolle des ArbG hineinwachsen.[62]
Die umschriebene Stellungnahme zum zwingenden Charakter der Mitb-Rechte verdient um so mehr Aufmerksamkeit als sie nicht nicht aus anderen Gründen, sondern eben aus dem Gedanken desSchutzes der Belegschaftsinteressen die Richtigkeit für sich in Anspruch nimmt.
Wenn Müller die Ansicht vertritt, daß die Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse in Direktionsfragen an sich zu ungunsten der Belegschaft ausfällt, so verkennt er eine elementare Tatsache:Das Unternehmen funktioniert letzten Endes nicht um seiner selbst willen,sondern im Interesse der Kapitalgeber und der ArbN, die zusammen das Unternehmen funkionsfähig machen.Da diese Faktoren sich in einem gewissen Interessengegensatz befinden, ist die brennende Frage, in wel-

58) So argumentiert Hueck in BB 1952,927.
59) Müller RdA 1969,227ff
60) Müller aaO S.230
61) Müller aaO S.230
62) Müller aaO S.232

chem Grad die Belange beider Seiten berücksichtigt werden. Diejenige Seite, die die Leitungsbefugnisse ausübt, ist imstande, nicht nur das Schicksal des Unternehmens zu bestimmen, sondern-innerhalb gewisser Grenzen-ihre eigenen Interessen besser wahrzunehmen. Wird auf die ArbN-Seite wirksamer Rüchsicht genommen, so bedeutet dies nicht unbedingt, daß die Unternehmensinteressen zugrundegehen, sondern zunächst, daß die Kapitalinteressen entsprechend zurücktreten.
Daß die Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse nur zu einer Aktivierung der Belegschaftsinteressen beitragen kann, ergibt sich auch daraus, daß der BRat nicht ein von außen, ohne demokratische Legitimation eingesetztes Gremium ist, das sich vielleicht um eigennützige, belegschaftsfremde Interessen kümmern könnte. Er wird vielmehr in periodisch stattfindenden Wahlen von der Belegschaft legitimiert, von der er herkommt und von der er unter bestimmten Bedingungen abberufen werden kann.[63)]
Die"Doppelpoligkeit" besteht nicht zwischen Belegschaft und Unternehmen, sondern zwischen ArbN und Kapitalgebern. Sie geht auch nicht mit dem "Hineinwachsen" des BRates in die ArbG-Rolle verloren. Jede Erweiterung der Mitb-Rechte des BRates bringt nur eine entsprechende Zurücksetzung der Kapitalinteressen mit sich. Insoweit geht Müller von unzutreffenden Voraussetzungen aus, als er das Unternehmensinteresse mit dem der Kapitalseite identifiziert.
Hier könnte Müller aber seine Argumentation in einem anderem Sinne gemeint haben : Nicht die Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse an sich stelle eine Gefahr für die Belegschaftsbelange dar. Die Tatsache aber, daß bei einer Zurücksetzung der Kapitalinteressen unter Umständen eine gewisse Gefahr für die Finanzierung und schließlich für die Lebensfähigkeit des Unternehmens entstünde, würde sich auch zu Lasten der Belegschaft auswirken.
Daß im heutigen Stand der Machtverhältnisse zwischen den Tarifparteien die ArbN-Seite der schwächere Verhandlungspartner ist und deswegen nicht über die faktische Möglichkeit

63) Siehe dazu Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung S. 364.

verfügt, die Organisation des Unternehmens selbst zu übernehmen, liegt auf der Hand.[64] Argumente, die auf dem Machtverhältnis beruhen, können aber nur politische Bedeutung haben, die darin besteht, daß der staatliche Gesetzgeber gegen dieses Machtgefälle vorgehen muß.
Rechtliche Relevanz besitzen sie aber nicht. Aus der gegenwärtig faktischen Unterlegenheit der ArbN-Seite einen r e c h t l i c h e n Schluß über den Umfang ihrer Rechte ziehen zu wollen, bedeutet nur eine unverhüllte Interessenideologie zugunsten der Zementierung des gesellschaftlichen Status quo.

III K a p i t e l

Rechtsprechung und Tarifpraxis.

1. Rechtsprechung.

Das BAG hat bis jetzt eine ausdrückliche Stellungnahme zur tariflichen Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse nicht abgegeben.
Soweit es sich aber um Einzelfragen der sozialen und der personellen Mitbestimmung handelt, hat es grundsätzlich die tarifliche Erweiterung für zulässig erklärt.
1) Das BAG[65] vertrat in einer Entscheidung den Standpunkt, das Mitb-Recht könne in den sozialen Angelegenheiten des § 56 BetrVG 1952 durch TV "weitgehend ausgestaltet und selbst auf konkrete Einzelmaßnahmen erstrekt werden", weil der BRat in diesem Bereich eine umfassende Zuständigkeit habe.
2) In zwei späteren Entscheidungen[66] hat sich dasselbe Gericht dafür ausgesprochen, daß "durch tarifliche Regelung der Kreis der sozialen Angelegenheiten, bei denen der BRat mitzubestimmen hat, anders und insbesondere in einer gegenüber dem BetrVG erweiterten Art und Weise bestimmt werden kann". Bei den zitierten drei Beschlüssen beruft sich das BAG auf

64) Siehe zum Machtverhältnis zwischen ArbN-und ArbG-Seite S. 87ff.
65) DB 1955,1142
66) BAGE 8,112ff(121f)=AP Nr.11 zu § 611 BGB,Akkord;BAGE 8, 143ff(153f)=AP Nr. 14 zu §56 BetrVG=BB 1959,1138

den Einleitungssatz[67] des § 56 BetrVG 1952 (§ 87 I BetrVG 1972), der der tariflichen Regelung den Vorrang einräumte, so daß nicht sichtbar ist, ob sich eine derartige Ermächtigung der Tarifparteien auch auf Grund des gegenüber dem BetrVG älteren § 1 TVG oder aus den Bestimmungen der §§ 57, 59 und 5O V BetrVG 1952 ergibt.

3) Das BAG[68] hielt eine BV für zulässig, die dem BRat ein Zustimmungsrecht bei der Verteilung der vom ArbG festgesetzten Gesamtsumme der Weihnachtsgratifikation auf die einzelnen ArbN einräumte, weil auch auf anderen als den in § 57 BetrVG 1952 genannten Gebieten Mitb-Rechte des BRates freiwillig begründet werden könnten.

4) In der eben zitierten Entscheidung wird ausgeführt, daß "dem BRat über §56 BetrVG hinaus eine echte Mitbestimmung in den Fällen der ordentlichen fristgemäßen Kündigung eingeräumt"werden könne.

Obwohl sich nur dieses Urteil auf die Rechtslage nach dem BetrVG 1952 bezieht, während die anderen hier zitierten Urteile und Beschlüsse Bereiche betreffen, die gemäß § 88 BetrVG ihm nicht unterlagen, ist eine Übertragung der Ergebnisse vom einen auf den anderen Bereich aus keinem sinnvollen Grund abzuweisen.

5) In zwei anderen Entscheidungen, bei denen das BAG zu prüfen hatte, ob die auf Grund eines TV[69] bzw BV[7O] erforderliche Zustimmung des BRates zu einer ordentlichen Kündigung auch nachträglich erteilt werden könnte, ist das Gericht als selbstverständlich davon ausgegangen, daß die zu prüfenden Vereinbarungen zulässig sind.

6) Das BAG[71] hat eine noch dem KRG Nr.22 unterliegende BV, nach der der ArbG sein Kündigungsrecht an die Zustimmung des BRates gebunden und bei Meinungsverschiedenheiten die entgültige Entscheidung einer Einigungsstelle überlassen hat, im Rahmen der Vertragsfreiheit für zulässig gehalten. Hueck hat in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung seine

67) Wörtlich stimmt der Eingangssatz des §56 BetrVG 1952 mit dem Einleitungsssatz des §87BetrVG 1972 überein, so daß die in Begug auf das alte BetrVG gegebene Begründung über den Vorrang der tariflichen Erweiterung auch für das neue BetrVG gilt.

68) BAG AP Nr.3 Blatt 3 zu §56 BetrVG 1952=BB 1962,123

69) BAG AP Nr.1 zu §184 BGB

7O) BAG AP Nr.2 zu § 184 BGB

71) BAG AP Nr.3 Blatt1 zu § 184 BGB.

Überzeugung geäußert, daß das Gericht auf Grund der gegebenen Begründung wohl auch für den Geltungsberich des BetrVG zum gleichen Egebnis gekommen wäre.

7) Eine BV,[72] nach der eine fristlose Entlassung an die Zustimmung des BRates gebunden ist, ist auch mit § 626 BGB vereinbar, wenn nur eine unabhängige Schlichtungsstelle vorgesehen wird, die die verweigerte Zustimmung des BRates ersetzen kann. Dies hat das BAG[72] schon angenommen

8) In einer späteren Entscheidung hat aber das BAG[73] diese Aussage gewissermaßen relativiert: Ungeachtet der neutralen Schlichtungsstelle liege ein Verstoß gegen zwingendes Recht vor, wenn sich der ArbG dem Schlichtungsspruch von vornherein unterwerfen müsse. Mit Rücksicht auf das in § 101 ArbGG enthaltene Verbot privater Schiedsgerichte -so führt das Gericht weiter- müssen jedenalls die Befugnisse des ArbGerichts, das Vorliegen eines wichtigen Grundes selbst nachzuprüfen, unberührt bleiben.

9) Von besonderer Bedeutung ist die Entscheidung des LAG Berlin,[74] das die Wirksamkeit eines TV bejahte, gemäß dem die Einstellung und Entlassung von der Zustimmung des BRates abhängig waren.

Die Vertragsfreiheit, die "eines der tragenden Prinzipien unserer Rechtsordnung ist",[75] und die "die gesamte Zivilrechtsordnung, also auch das Arbeitsrecht"[76] beherrscht, wird- so argumentiert das Gericht- durch das TVG, wonach auch betriebsverfassungsrechtliche Fragen geregelt werden können, ausdrücklich für die tarifliche Autonomie garantiert. Diese Garantie, die nach Auffassung des Gerichts in § 2 BetrVG bestätigt wurde, könne nur durch Argumente höheren Ranges besitigt werden. Solche Argumente liefere jedoch weder der Ausnahmecharakter mancher Vorschriften, weil er einen speziellen Grund habe, noch der Ausdruck "nach Maßgabe dieses Abschnittes", weil zu beweisen sei, daß die "Maßgabe" gerade den Ausschließlichkeitscharakter

72) BAG AP Nr.14 Blatt 2-3 zu §626 BGB
73) BAG AP Nr.27 zu § 626 BGB mit zust.Anm. Hilger.
74) SAE 1965,12ff
75) aaO S.14(l.Sp).
76) aaO S.13(l.Sp.)

betreffe. Es stehe " nach Maßgabe", fehle aber das Wörtchen "nur".[77] Die Vertragsfreiheit könne weiter nicht durch die Konzeption eines Strukturzwanges beseitigt werden, weil diese nur eine unbewiesene Behauptung sei. Weder die Entstehungsgeschichte noch die Tatsache, daß der ArbG in der Tat das letzte Wort habe , könne die Unabdingbarkeit der Vorrangsstellung des ArbG begründen.[78]
Auch die Argumentation, die betriebsverfassungsrechtlichen Fragen seien durch das BetrVG den Arbeitskämpfen entzogen, könne als Zweckmäßigkeitserwägung einen rechtlichen Grundsatz nicht aus der Welt schaffen.Die rechtlichen Gesichtspunkte, die vom BAG über die im öffentlichen Dienst Beschäftigten entwickelt worden seien, sprechen für eine entsprechende Erweiterung der Beteiligungsrechteder der ArbN,die in privater Wirtschaft tätig seien.[78]

10) Das ArbGericht Kiel[79] hatte 1968 eine BV als zulässig behandelt, die dem BRat "gleichberechtigte Miwirkung" bei Entlassung eingeräumt hat. Abgesehen davon, daß es §60 BetrVG 1952 am Wörtchen "nur"fehle und deshalb sowohl betriebliche als auch tarifliche Erweiterung der Mitb-Rechte nicht verboten seien, sei nicht ersichtlich, warum der ArbG auf sein Kündigungsrecht nicht freiwillig verzichten kann, zumal diese Regelung im Interesse der ganzen Belegschaft und dem Gleichbehandlungsgebot des § 51 BetrVG(1952) liege.

11) Das LAG Düsseldorf[80] hat eine BV für gültig erklärt, nach der Einstellungen,Eingruppierungen,Umgruppierungen,Versetzungen und Entlassungen nur"i Einvernehmen" mit dem BRat zustandekommen sollen.
Weder Sinn und Zweck noch die Systematik des BetrVG (1952) ständen, nach Auffassung des Gerichts, einer Erweiterung der Einspruchsgründe des § 61 III BetrVG oder

77) SAE 1965,13(r.Sp)
78) aaO S.14(l.Sp).
79) DB 1968,1181
80) BB 1970,666=JuS 1970,540=BUV 1970,139

einer generellen Verstärkung der Beteiligung des BRates in personellen Angelegenheiten zu einem echten Mitbestimmungsrecht entgegen.[80] Dies ergebe sich aus dem auch im Kollektivrecht geltenden Prinzip der Vertragsfreiheit. Die Handlungsfreiheit des ArbG werde durch Einführung der Einigungsstelle bewahrt, deren Sprüche von den ArbGerichten auf groben Ermessensmißbrauch hin überprüft werden können.[80] Dem ArbG bleibe weiter unbenommen, die tarifliche Regelung zu kündigen. Das Gericht hat schließlich die Geltung seiner Aussage ausdrücklich auf Tarifverträge ausgedehnt,[81] zumal im konkreten Fall die beanstandete Regelung in einem Manteltarifvertrag übernommen worden sei.

2. Tarifpraxis.

Obwohl ein vollständiger Überblick auf die Tarifpraxis[82] wegen der hohen Zahl der jährlich abgeschlossenen TVe außerordentlich schwierig ist,[83] entspricht es der Tatsache, daß die Tarifparteien bis heute von den ihnen nach der h. Auffassung zustehenden Gestaltungsbefugnissen wenig Gebrauch gemacht haben.[84] Es ist dies auch ein praktischer Beweis dafür, daß die rechtliche Gestaltungsmöglichkeit allein nicht genügt, die TVe in die Praxis umzusetzen. Denn eine solche Umsetzung setzt eine Übereinstimmung zwischen zwei Privatsubjekten voraus, die aber ihrerseits in letzter Instanz auf der Korrelation der gesellschaftlichen Macht der Kontrahenten beruht.

Von großer Bedeutung sind die recht zahlreichen TVe, die das Mitb-Recht des BRates in sozialen Angelegenheiten erweitern.

Durch TV eingeführte Mitb-Rechte, die gegenüber §56 BetrVG 1952 eine Erweiterung darstellen, sind vom § 87 BetrVG 1972 gedeckt, wie Einführung bargeldloser Lohnzahlung, Änderung der

---

81) BB 1970,666(r.Sp.)
82) Ein umfassendes Bild darüber gibt Däubler,aaO S.94ff.
83) Gamillscheg, Arbeitsrecht, S.250 läßt die jährlich registrierten TVe auf 5000-6000 betragen; die Materialien zum Bericht der Lage der Nation 1972,BT-Drucks.VI/3080 S.76 geben an,daß zwischen 1965 und dem 30.9.1971 im BAM rund 43500 TVe registriert wurden.
84) A.Müller, Mitb-Gespr. 1964,82; Spieker,WWI-Mitt.1963,243

Entlohnungsmethoden, Bezahlung von Pausen.[85] Wichtig ist die tarifliche Einsetzung einer Akkordkommission mit oder ohne Beteiligung des BRates, die eigentlich als Mitbestimmungsinstitution fungiert.[86]

Aus dem Bereich der personellen Angelegenheiten gibt Müller[87] Beispiele für die Einräumung eines Zustimmungserfordernisses bei Einstellungen und Entlassungen.

Zu erinnern ist an die TVe,[88] die die ordentliche Kündigung von der Zustimmung des BRates und in zweiter Instanz von der Einigungsstelle abhängig gemacht haben und die vom LAG Berlin und Düsseldorf als zulässig beurteilt worden sind.

Bahnbrechend erscheint vor allem der TV, der zwischen der Gewerkschaft ÖTV und der "Versorgung und Verkehr Kiel GmbH" abgeschlossen worden ist.[89]

Das sog.Kieler Modell sieht ständige Freistellung von der Berufstätigkeit für zumindest zwei Mitglieder des BRates vor.Nach § 4 des TV besitzt der BRat ein Recht auf umfassende Information; alle zur Durchführung seiner Aufgabe erforderlichen Unterlagen, sowie-mit Einwilligung des betroffenen ArbN selbst-Personalakten, sind ihm zur Einsichtsnahme zu überlassen.

Anordnungen von Mehrarbeit und Überstunden, Umschulung und Fortbildung sowie die Zuweisung und Kündigung von Werkswohnungen wurden im Vorgriff auf § 87 BetrVG 1972 in den damaligen § 57 BetrVG 1952 einbezogen.

In personellen Angelegenheiten ist dem BRat über die Inhalte der §§ 99 und 102 BetrVG 1972 hinaus ein volles Mitbestimmungsrecht eingeräumt, das auch Umsetzungen und Eingruppierungen einschließt. Bei Meinungsverschiedenheiten entscheidet eine paritätisch besetzte Einigungsstelle.

Der BRat muß gemäß § 15 TV über alle geplanten Betriebs-

---

85) Fitting-Krägeloh-Auffarth,BetrVG Komm.9.Aufl. S.959ff
86) Fitting-Krägeloh-Auffarth,aaO S.957
87) G.Müller RdA 1969,231; weitere Nachweise bei Fitting-Krägeloh-Auffarth,aaO S.984ff.
88) Siehe SAE 1965,12ff und meine Ausführungen in S.21 Fn. 74, S.22 Fn.80;weiter BB 1970,666=JuS 1970,540=BUV 1970,139
89) TV vom 23.12.1969 unter dem Titel "Mitbestimmungstarifvertrag", herausgegeben von der ÖTV,Bezirk Nordwest, siehe dazu den Bericht von Schneider Mitb-Gespr. 1970,65.

änderungen sowie über neue Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren rechtzeitig und umfassend unterrichtet werden. Können die geplanten Maßnahmen wesentliche Nachteile für die ArbN mit sich bringen, so hat der BRat ein Mitb-Recht, das sich auch auf die sozialen Auswirkungen erstreckt. Kommt kein Interessenausgleich in Form eines Sozialplanes zustande, so hat die Einigungsstelle einen Vorschlag zu unterbreiten. Obwohl der TV keine ausdrückliche Regelung bei fortdauernden Meinungsverschiedenheiten getroffen hat, legt die Verwendung des Wortes "Mitb-Recht" die Vermutung nahe, daß die geplante Maßnahme ausbleibt, wenn die Einingungsstelle keinen verbindlichen Spruch fällt.

V K a p i t e l

Die tarifliche Erweiterung der Mitb-Rechte in den Einzelgebieten des BetrVG.

Wie die Auseinandersetzung mit der Literatur und der Rechtsprechtung ergeben hat, kann man aus dem BetrVG kaum einen ins Gewicht fallenden Anhaltspunkt herausgreifen, der die Weitergeltung des § 1 TVG für die Betriebsverfassung ausschließt.
Läßt sich aber aus dem BetrVG weder unmittelbar noch auf Grund eines Gegenschlu eine Außerkraftsetzung des § 1 TVG entnehmen, so bleiben auf Grund dieser Vorschrift grundsätzlich Tarifnormen betriebsverfassungsrechtlichen Inhalts zulässig.
Man kann also mit der überwiegenden Meinung eine Anwendung der getroffenen Feststellung über die Zulässigkeit tariflicher betriebsverfassungsrechtlicher Normen auf die einzelne Mitbestimmungsgebiete des BetrVG vornehmen.

1. Erweiterung der Mitb-Rechte des BRates in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG).

Die sozialen Angelegenheiten sind der einzige Bereich, wo

sowohl die Rechtsprechung[1] als auch der größte Teil der Literatur[2] einer tarifvertraglichen Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse ausdrücklich zugestimmt haben. Der Streit, ob das Mitb-Recht des BRates überhaupt nur dann eingreift, wenn keine andere gesetzliche oder tarifliche Regelung vorliegt, oder ob die unterschiedliche Regelung nur den Umfang der mizbestimmungsbedürftigen Angelegenheiten zu differenzieren vermag, kann hier dahingestellt bleiben.[3] Denn welche Auslegung auch immer den Vorrang hat, eines steht fest: Der TV oder die BV kann dem BRat auch weitere soziale Angelegenheiten unterstellen. Die Erweiterung kann sich in zwei Richtungen orientieren :

1) So steht nichts im Wege, wenn im TV oder BV über die gesetzlich fixierten Fälle hinaus weitere soziale Angelegenheiten dem Mitb-Recht des BRates unterliegen. Selbst das BAG hat sich zu der weitesten Auslegung bekannt, unter sozialen Angelegenheiten seien "das gesamte Gebiet der Arbeitsbedingungen im weitesten Sinne"[4] zu verstehen, oder, wie die Literatur schreibt, "alle mit der Gestaltung

---

1) BAGE 8,143ff(153f)=AP Nr.14 zu §56 BetrVG(1952);BAGE 8,112f (121)=AP Nr.11 zu §611 Akkordlohn.Für die BV BAG AP Nr. 3 zu §57 BetrVG.

2) Biedenkopf,Die Grenzen der Tarifautonomie S.295;Dietz, BetrVG Komm.4.Aufl.§1 Rn.14d,Vorbem.§56 Rn.5 und 6;Erdmann-Jürging-Kammann,BetrVG Komm. §3 Rn.12 am Ende;Fabrikius,ZStW 111,370; Fitting-Auffarth-Kaiser,BetrVG Komm. 1974, § 1 Rn.46,§ 88 Rn.3,4;Hueck BB 1952,928; Hueck-Nipperdey aaO II/1 S.297;Hueck hält es für zulässig,daßweitere soziale Angelegenheiten durch Inhalts-Betriebs-und Abschlußnormen in TV erfaßt werden können und der BRat zur Einhaltung diser Normen eingesetzt werden kann. Verwehrt sei den Tarifparteien, durch betriebsverfassungsrechtliche Normen die gesetzliche Strukturform abzuändern,siehe dazu Hueck-Nipperdey aaO II/2 S.1402;Nikisch,Arbeitsrecht III S.357; Spieker,Mitb-Gespr.1962,181ff;ders.WWI-Mitt.1963,241; Stahlhacke,DB 1963,67;Farthmann,Mitb-Gespr.1965,27;Reuß, Arbeitsrecht Rn.24;Wrede,aaO S.23ff.
Anderer Meinung: Galperin,DB 1966,625;Siebert,BB 1958,421; Richardi,Kollektivgewalt S.257.

3) Der Wortlaut des Einleitungssatzes des §87 BetrVG 1972,wie auch der des §56BetrVG 1952,"Der BRat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche REgelung nicht besteht,in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen" läßt nicht erkennen, ob der "Soweit-Satz" sich nur auf die Wörter"folgende Angelegenheiten" oder darüber hinaus auf das Mitb-Recht des BRates selbst bezieht,dazu eingehende Rumpff 1972,75ff.

4) BAG AP Nr.14 Blatt 5 Rücks.zu §56BetrVG 1952.Das Gericht stimmt darin mit Hueck-Nipperdey aaO II/2 S.1353 überein.

der Arbeitsbedingungen im weitesten Sinne zusammenhängende Fragen".[5]

Diese Formulierungen gehen freilich zu weit, weil sie die systematische Aufteilung des BetrVG nicht genug berücksichtigen. Man kann sie also dahingehend korrigieren, daß die sozialen Angelegenheiten alle diejenigen betriebsbezogenen Arbeitsbedingungen erfassen, die nicht vom BetrVG in anderen Sachgebieten geregelt sind, wie dies mit der arbeitstechnischen Gestaltung(§90 f),der Personalplanung (§92), der Berufsbildung(§96ff),der personellen Einzelmaßnahmen(§§99f) und der wirtschaftlichen Angelegenheiten (§§106f)der Fall ist.

Innerhalb der so gezogenen Grenzen können die noch nicht erfaßten Angelegenheiten, wie z.B die Errichtung von Sozialeinrichtungen, der Bau von Werkswohnungen oder die Einbeziehung nicht leistungsbezogener Entgeltzahlungen[6] tarifvertraglich dem Mitbestimmungsrecht des BRates unterstellt werden.

2) Zulässig ist auch die Mitbestimmung des BRates bei den erfaßten sozialen Angelegenheiten i.Sinne einer gleichberechtigten Mitentscheidung nicht nur bei generellen Regelungen, sondern auch bei einzelnen Maßnahmen.[7]

Es kann also nach der h.Meinung in TV oder BV vorgesehen werden, daß bestimmte Maßnahmen nur mit Zustimmung des BRates vorgenommen werden können.

Diese Möglichkeit kann dadurch praktiziert werden, daß durch TV oder BV dem BRat die Befugnis zur gleichberechtigten Mitentscheidung bei der Ausgestaltung des einzelnen Arbeitsplatzes, besonders bei der Installierung von Kontrollgeräten(§ 87 I Ziff.6) und bei der Anbringung von Schutzvorrichungen (§ 87 I Ziff.7), eingeräumt werden kann.

Auch die Bewertung eines konkreten Arbeitsplatzes läßt

---

5) Dietz,BetrVG Komm.4.Aufl.Vorbem.zu §49 Rn.8;Galperin-Siebert,BetrVG Komm. vor §56 Rn.1;Nikisch,aaO III §111 IV 1.
6) Däubler,aaO S.368.
7) Zustimmend:Dietz,aaO §1 Rn.14d;ArbGericht Marburg BB 1954, 837;Fitting-Krägeloh-Auffarth,BetrVG Komm.9.Aufl.§56 Rn. 5; BAG AP Nr.3zu §57 BetrVG;vgl.Brecht,BetrVG Komm.§87 Anm.3,4;Dietz-Richardi,BetrVG Komm. 1972, §87 Anm.19ff.

sich über § 87 I Ziff.10 und 11 hinaus dem Mitb-Recht des BRates unterstellen.[8)]

Darin kann auch keine angebliche Benachteiligung der Individualsphäre gesehen werden, weil die Sozialgegner und die von ihnen ermächtigten Betriebspartner an die Arbeitnehmergrundrechte gebunden sind.[9)]

Schließlich kommt § 76 VIII BetrVG in Betracht, gemäß dem die Tarifparteien an die Stelle der gesetzlichen (§ 76 I BetrVG) eine vereinbarte Schlichtungsstelle treten lassen können. Auch wenn man sich der Meinung anschließt, daß das Verfahren vor der tarifvrtraglichen Einigungsstelle, im Gegensatz zu § 50 V BetrVG, nicht abweichend vom Gesetz geregelt werden darf, bleibt doch ihre Zusammensetzung im freien Ermessen der Tarifparteien. Von Relevanz wäre dann, wer ihren Vorsitzenden beruft, angesichts der Tatsache, daß das ArbGericht nicht ohne weiteres zuständig ist.[10)]

Der Stimme des Vorsitzenden kommt bei Nichteinigung der Beisitzer ausschlaggebende Bedeutung zu(§76 III S.2 zweiter Halbsatz BetrVG).

Auch eine Entscheidung durch qualifizierte Mehrheit[11)] dürfte möglich sein, weil einerseits das Gesetz kein Verbot ausspricht und weil andererseits die Erweiterung durch qualifizierte Mehrheit gegenüber dem Fall der Vorsitzendenbestellung eine schwächere Mitbestimmungsform darstellt. Durch die qualifizierte Mehrheit könnte die eine Seite nicht etwa überstimmt, sondern höchstens an einer Maßnahme gehindert werden.

Die Frage, ob auch eine überparitätische Zusammensetzung zugunsten der einen Seite vorzusehen ist, die wohl an rechtlichen Hindernissen nicht zu scheitern scheint, ist nicht von praktischer Bedeutung, sofern das gleiche Egebnis durch

---

8) Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung S.368.
9) Über die Beeinträchtigung der Individualsphäre der ArbN siehe in: Rüthres-Boldt, Zwei arbeitsrechtliche Vorträge ; Anderer Meinung Däubler, aaO S.228 und 235 Fn.93, der die Tarifparteien an die ArbN-Grundrechte gebunden sehen will.
10) Dietz-Richardi, BetrVG, Komm. § 76 Anm 65.
11) Däubler, aaO S.369.

die Berufung des Vorsitzenden erreicht werden kann.
Was aber ausgeschlossen scheint, ist die Abschaffung der Einigungsstelle,nämmlich das reine Vetorecht des BRates ohne Ersatzmöglichkeiten.[12)]
§ 76 VIII BetrVG spricht von Ersatz, nicht von Abschaffungsmöglichkeiten und dieser Norm als Verfahrensnorm ist zwingender Charakter beizumessen.
Andererseits ist die ganze Konzeption des BetrVG daran orientiert, den Betrieb durch eine handlungsfähige Stelle vor blockierenden Pattsituationen zu bewahren.

2. Erweiterungsmöglichkeiten bei arbeitstechnischen Fragen (§§ 90,91 BetrVG).

Obwohl das in § 90 BetrVG eingeführte Beratungsrecht bei arbeitstechnischen Fragen an sich erweiterbar ist und die Durchführung der dort aufgeführten Maßnahmen auch an die Zustimmung des BRates gebunden werden kann,bietet sich jedoch eine solche Mitbestimmungsform wegen der faktischen Unterlegenheit der ArbN-Seite nicht .
Für die ArbN spielt die Abwehr derjenigen nachteiligen Auswirkungen eine viel größere Rolle, die aus den in § 90 BetrVG geregelten Maßnahmen ausgelöst werden können.
So wäre es zulässig, durch TV oder BV das Mitb-Recht des BRates von Bedingungen zu befreien, die es praktisch problematisch werden lassen, daß z.B die in §91 zugunsten der betroffenen ArbN angemessenen Maßnahmen getroffen werden.

a) bei jedem(nicht nur"offensichtlichem")Widerspruch gegen arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit.
b) bei jeder(nicht nur bei "besonderer")Belastung
c) zur Abwendung (nicht "zur Abwendung,Minderung,oder zum Ausgleich") der Belastung.[13)]

---

12) Zustimmend :Däubler,aaO S.369;Ritzer,Die Erweiterung der Zuständigkeit des BRates nach dem BetrVG durch BV, Diss. S.90
13) Zustimmend Däubler, aaO S.371.

3. Erweiterung der Mitb-Rechte des BRates bei personellen Generalmaßnahmen.

(§§ 92-98 BetrVG)

Im ersten Unterabschnitt der personellen Angelegenheiten werden Regelungen über allgemeine personelle Angelegenheiten getroffen.

Der Unterschied zwischen ihnen und den in §§ 99 BetrVG abgehandelten über personelle Einzelmaßnahmen ist deswegen von Bedeutung, weil die in §§ 92-98 BetrVG aufgegliederten Normen soziale Angelegenheiten betreffen. Die Richtigkeit dieser Auslegung läßt sich nicht nur damit bestätigen, daß im BetrVG 1952 das Mitb-Recht des BRates zB über Berufsbildung in § 56 I Buchstabe d geordnet wurde; das BAG[14] selbst hat ausdrücklich die Feststellung getroffen: "Die allgemeinen Bestimmungen der sozialen Daten, unter denen diese Personalmaßnahmen durchgeführt werden können (zB die Festlegung der Länge der Kündigungsfristen und Kündigungstermine, der Kündigungsformen, der Altersgrenze), gehören den sozialen Arbeitsbedingungen, die in den Bereich sozialer Angelegenheiten fallen."

Daß es bei den personellen Generalmaßnahmen um die allgemeinen Bedingungen , um die allgemeinen Bestimmungen der sozialen Daten und deshalb um materielle Arbeitsbedingungen geht, braucht nicht weiter bewiesen werden.[15]

Diese Feststellung fällt ins Gewicht, einerseits weil der BRat bei sozialen Angelegenheiten gemäß §77 III BetrVG

---

14) BAG AP Nr.5 Blatt 2 Rücks. zu §57 BetrVG;übereinstimmend Richardi,aaO S.261 "..man begegnet hier jedoch einer Besonderheit, die sich daraus ergibt, daß die Fristen und die Voraussetzungen für eine Kündigung zu den Arbeitsbedingungen und damit auch zu den sozialen Angelegenheiten gehören, für deren Regelung der BRat eine umfassende Zuständigkeit hat.";übereinstimmend auch Nikisch RdA 1964, 309.

15) Säcker, ZFA 1972,Sonderheft S.47,obwohl er die Festlegung einer Altersgrenze zu den sozialen Angelegenheiten zuornet, schließt von den sozialen Angelegenheiten die den konkreten Einzelmaßnahmen vorausgehenden Personalmaßnahmen aus. Das BAG hat aber nur darauf abgestellt,ob es sich um Einzelmaßnahmen handelt oder um einen Sachverhalt, der eine Gruppe betrifft,BAG AP Nr.5 Blatt 2 Rücks.zu §57 BetrVG.

eine umfassende Zuständigkeit hat[16] und dementsprechend eine BV über diese Fragen abschließen kann,[17] andererseits weil diese Begriffsabgrenzung auch für den TV entscheidende Bedeutung besitzt.

Von der Literatur[18] und der Rechtsprechung[19] ist schon überwiegend anerkannt, daß auch bei Inhalts-und Abschlußnormen dem TV der Vorrang vor einer BV gebührt. Wenn also nur der ArbG tarifgebunden ist, gelten die Tarifbestimmungen für alle ArbN und muß eine BV mit ungünstigerem Inhalt ohne Anwendung bleiben . Wenn aber eine in TV festgelegte generelle Personalmaßnahme für alle und nicht nur für die tarifgebundenen ArbN gilt, dann bestehen auch keine Bedenken, wenn die Tarifparteien die Betriebspartner zu einer entsprechenden Maßnahme ermächtigen[20].

Kann also die ordentliche Kündigung durch Inhaltsnormen ausgeschlossen werden[21], was nicht zu bezweifeln ist, dann kann eine Ermächtigung zu einer entsprechend weitgehenden Richtlinie auch den Betriebspartnern zugestanden werden. So könnte der BRat ermächtigt sein, die Aufstellung von Richtlinien auch für Betriebe mit weniger als 1000 ArbN zu verlangen(§ 95 II BetrVG).[22]

---

16) BAG AP Nr. 5 Blatt 2 Rücks. zu §57 BetrVG, wo klar angenommen wird, daß der BRat bei sozialen Angelegenheiten eine umfassende Zuständigkeit hat; die gleiche Stellungnahme siehe auch bei Richardi aaO S.261; vgl BAG AP Nr. 1 zu § 57 BetrVG 3.Leitsatz; DietzRichardi,aaO §88 Anm. 5;Fitting-Auffarth-Kaiser, 1974,§88 Anm.2;Erdmann-Jürging-Kamann, BetrVG Komm.§88 Anm. 4;Stege-Weinspach,aaO S.268;vgl den Ausschußbericht zu § 57 BetrVG 1952 BT-Drucks.I/3585 S.11 abgedruckt in RdA 1952,289.

17) Dietz-Richardi,aaO §87 Anm.6, §77 Anm.49 ff mwN; Brecht aaO § 1 Anm. 29;Dietz, aaO § 1 Anm. 14a.

18 Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S.1297;Fitting-Krägeloh-Auffarth, BetrVG Komm.§49 Anm.8d;Neumann-Duesberg, Lehrbuch des Betriebsverfassungsrechts,S.468;Flatow-Kahn-Freund,Komm. zum Betriebsrätegesetz 13.Aufl. S.324.

19) BAG AP Nr.11 zu § 4 TVG, Ordnungsprinzip.

20) Zustimmend im Ergebnis Däubler,aaO S.373f

21) Gnade-Kehrmann-Schneider,BetrVG Komm.1972 §95 Anm. 5; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG Komm. 1974,§95 Anm.7

22) Zustimmend Däubler, aaO S.373.

Man kann sogar weitergehen und dem BRat auch allein die Aufstellung von Richtlinien aufgeben, zumal die Bindung an die ArbN-Grundrechte so wie an die Diskriminierungsverbote des § 75 I BetrVG jeden Mißbrauch verhindert. So wäre die Gewerkschaftszugehörigkeit als Voraussetzung für den Beitritt ungültig.[23)]

Hinsichtlich der materiellen Tragweite der in § 95 BetrVG erfaßten Richtlinien ist ihr "Auswahl"Charakter zu beachten, der zB eine volle Normierung der personen- oder verhaltensbdingten Kündigungen ausschließt.[24)]

Das in § 98 II BetrVG festgelegt normierte Widerspruchsrecht des BRates kann durch TV oder BV zu einem Auswahl-oder Abberufungsrecht der Lehrpersonen erhoben werden.

Dem BRat kann weiter über das Vorschlagsrecht hinaus durch TV oder BV das Recht zur Auswahl der teilnahmeberechtigten ArbN (§98 III BetrVG) eingeräumt werden.[25)]

---

23) Däubler-Maly, Negative Koalitionsfreiheit S.46:" Wird die Einstellung oder die Weiterbeschäftigung vom Beitritt zurGewerkschaft abhängig, so steilt dies eine unzumutbare Beeinträchtigung des Fernbleibensrechts dar.

24) Gnade-Kehrmann-Schneider,aaO § 95 Rn.6;Däubler ,aaO S. 373.

25) Zustimmend Däubler , aaO S.374.

4. Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse bei personellen E i n z e l m a ß n a h-men (§ 99 BetrVG).

Von entscheidender Bedeutung ist die Stellungnahme bezüglich der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten.Denn hierbei stehen Befugnisse zur Debatte, die die Existenz und Sicherheit des Arbeitsplatzes unmittelbar betreffen.
Eine Auseinandersetzung mit den speziellen, im Bereich der personellellen Mitbestimmung entwickelten Argumenten hat das Ziel, die unter der Geltung des alten BetrVG vertretenen Positionen auch im Lichte des neuen einzuschätzen und so die rechtliche Lage deutlicher darzustellen.[26)]

a) Wortbezogene Argumentation.

1) Im alten Recht haben sich viele Autoren auf die Worte des § 60 I BetrVG "nach Maßgabe der Vorschriften dieses Abschnittes" berufen, um die abschließende Regelung des Geset-

---

26) Für eine Erweiterung sind:
a) im alten Recht:LAG Berlin SAE 1965,12ff;LAG Düsseldorf BB 1970,666=JuS1970,54;ArbGericht DB 1968,1181; vgl auch BAG AP Nr.14 zu 626BGB. Biedenkopf,aaO S.289; Fabrikius ZStW 111,370; Farthmann Mitb-Gespr.,1968,1181;Fitting-krägeloh-Auffarth,BetrVG Komm.9.Aufl.§60 Rn.7a, §61 Rn.34,§66 Rn19,20; A.Hueck BB 1952,928;Maus,Komm.zum TVG 1956.§1 Rn.160; Meisel, Die Mitwirkung des BRates in personellen Angelegenheiten,S.14 Monjau,DB 1967,205; Pöschke,AuR 1965,260; Reuß,Arbeitsrecht Rn 24; Spieker,Mitb-Gespr. 1962,182; Wrede,Schaffung und Erweiterung von Beteiligungsrechten der ArbN durch Kollektivvereinbarungen Diss. S.38.
b) im neuen Recht:Brecht,Komm.zum BetrVG 1972,§1 Rn.30; Fitting-Auffarth-Kaiser,aaO §1 Rn.47a,§99 Rn.27, wo die Meinung vertreten wird, daß gemäß §99 II Nr. 1 tarifvertraglich auch Abschlußnormen vereinbart werden können, die eine Einstellung oder andere person.Maßnahme von der Zustimmung des BRates abhängig machen können;Hanau,RdA 1973,281ff(293); Gnade-Kehrmann-Schneider,BetrVG, Komm.1972 § 3 Rn.1,§102 Rn26; Biebrach-Nagel,Leitfaden zum BetrVG,1975 S.142;Däubler,aaO S.372ff;Küchenhoff,BetrVG 1974,§99Anm.1,der nur fakultative Erweiterung akzeptiert.
Gegen eine Erweiterung sind:
a) im alten Recht:Dietz,aaO §1 Rn.14f,Vorbem.§60 Rn.7;Galperin,DB 1966,625;Hueck-NipperdeyaaO II/2 S.1451;Nikisch,RdA1964,308 u.Lehrbuch,III S.358;Richardi, aaO S.259;Siebert,BB 1958,422;G.Müller,DB 1962,804;Böttticher,SAE 1965,16;Neumann-Duesberg,BetrVerfRecht S.568f.
b) im neuen Recht:Dietz-Richardi,BetrVG Komm.1972 §102 Anm.126;Stege-Weinspach,aaO 1975 S.430,381

zes zu vertreten.[27]

Dieses Argument, sowie ähnliche Verweisungen auf den Wortlaut des § 60 II BetrVG "personelle Angelegenheiten im Sinne dieses Gesetzes" und des § 61 II "der BRat kann die Zustimmung nur verweigern", fallen im neuen BetrVG weg. Obwohl solche Worte allein nicht den Ausschlag geben können, so indiziert dennoch ihre Eliminierung deutlich eine Abkehr von geschlossenen Regelungen und eine Befreiung von verwirrenden Gegenargumenten.[29]

2) §60 III 3 BetrVG 1952, gemäß dem durch TV oder BV das Nähere über den Begriff der Versetzung bestimmt werden könnte,[30] und von dessen Formulierung e kontrario der Schluß gezogen wurde, daß im übrigen das Gesetz keine Abweichung zulasse, hat im neuen BetrVG ebenfalls keinen Platz gefunden.

b) Das Widerspruchsrecht des BRates gemäß §99 IIBetrVG .

§ 61 III a BetrVG 1952, der dem BRat bei Einstellungen ein Widerspruchsrecht einräumte, wenn eine Vorschrift im TV oder BV ihn dazu berechtigte, findet sich § 99 II Nr.1 BetrVG wieder. Daraus kann man aber deutlich weder einen positiven noch einen negativen Schluß auf die Frage der Erweiterung im betriebsverfassungsrechtlichen Verfahren selbst ziehen. Praktisch bedeutet die in dieser Weise erfolgte Erweiterung des Widerspruchskreises immerhin eine Verstärkung auch des BRates, der mit der Einhaltung der einschlägigen Vorschriften beauftragt ist.[31]

Obwohl beachtenswerte Gegenmeinungen nicht fehlen, die

---

27) Dietz,aaO §1 Rn.14f,§60 Rn.7;Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S.1451; ist aber der berechtigte Hinweis auf das Fehlen des Wörtchens "nur" angestellt,siehe LAG Berlin SAE 1965,12ff;LAG Düsseldorf DB 1970,666=JuS 1970, 540;Neumann-Duesberg aaO S.571;Wrede,aaO S.38.

28) vglNeumann-Duesberg,aaO S.571:§60 I und II BetrVG(1952) bestimmt lediglich, was ex lege gelten soll.Nicht ist dort ein Verbot der kollektiven Erweiterung augesprochen.

29) Richtig Brecht,Komm, zum BetrVG 1972,§1 Rn.30.

30) E.R.Huber,Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd.II §99 I 3d cc; Dietz,aaO Vorbem.§60 Anm.2;Hueck-Nipperdey aaO II/2 S. 1452;Richtig zum alten Recht Neumann-Duesberg,aaO S.570f

31) Hueck-Nipperdey,6.Auf.II §71 IV,nehmen an,infolge dieser Möglichkeit dürfe das Gesetz davon ausgehen, daß TV oder BV, die das personelle Mitb-Recht regeln,zulässig seien.

hierin nicht nur eine Inhalts-sondern auch eine betriebsverfassungsrechtliche Norm sehen,[32] ist mann jedoch überwiegend der Auffassung, es handele sich bei diesen TVen und BVen,(gegen die die personelle Maßnahmen des ArbG verstoßen),um Abschlußvertote,Abschlußgebote oder sonstige (als soziale nach §1 TVG und §§56,57 BetrVG)gültige Richtlinien,nämlich um materielle Gründe des Versagens.[33] Sie führen zwar eine reflexive Erweiterung des Aktionsbereichs des BRates herbei, nicht aber eine direkte Regelung seines Mitb-Rechts.Deshalb ist die Frage,ob das Mitb-Recht des BRates an sich in der Form einer betriebsverfassungsrechtlichen Norm zu verstärken ist, damit nicht beantwortet.

C) Bringt die Verstärkung des Mitb-Rechts des BRates eine unzumutbare Abhängigkeit der Belegschaft ?

Nach Nipperdey[34] braucht eine Erweiterung der Beteiligungsrechte des BRates in personellen Angelegenheiten durch Kollektivvereinbarungen nicht unbedingt den Schutz der ArbN-Interessen zu verstärken, sondern kann auch u.U. die Belegschaftsinteressen in eine stärkere Abhängigkeit vom BRat bringen. Deshalb könne es nicht zugelassen werden, das Beteiligungsrecht bei Einstellungen in dem Sinne zu erweitern, daß an die Stelle seines an bestimmte normative Tatbestände gebundenen Anfechtungrechts ein volles Mitb-Recht träte.Dadurch würde, nach dieser Auffassung, im Konfliktsfalle die Stellung des einzelnen ArbN geschwächt.[35]

---

32) So Fitting-Auffarth-Kaiser,BetrVG 1974 §99 Rn.27:Es handelt sicht soweit um eine Abschluß-als auch eine betriebsverfassungsrechtliche Norm",vgl Huck-Nipperdey-Stahlhacke TVG Komm.§1 Anm.77,§4 Anm.90.

33) Neumann-Duesberg,aaO S.572;Richardi,Kollektivgewalt S.259 Nikisch Arbeitsrecht,III S.358;ders.RdA 1964,305ff(308); vgl Siebert,BB 1958,423;Däubler,aaO S.372;Hueck-Nipperdey aaO II/2 S.1453,wo die Meinung vertreten wird,daß die Erweiterung der Einspruchsgründe allerdings nicht bis zu einem vollen Mitb-Recht gehen darf.

34) Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S.1453.

35) An anderer Stelle lehnen Hueck-Nipperdey eine Erweiterung bis zu einem vollen Zustimmungsrecht mit der Begründung ab, dadurch würde die Rechtsstellung des einzelnen ArbN in einem Ausmaß "kollektiviert",das der betriebsverfassungsgesetzlichen Bewertung der kollidierenden Interessen von Individuum und Gesellschaftsmehrheit widerspräche, Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S.1453.

Die von Hueck-Nipperdey gegebene Auslegung dürfte dem Schutz des einzelnen ArbN dienen. Ob dies tatsächlich der Fall ist, ist aber sehr fraglich.
In § 99 I und II hat der Gesetzgeber selbst eine Interessenabwägung zwischen Belegschaft und ArbG vorgenommen und dem BRat als Vertreter der Belegschaftsinteressen bestimmte Widerspruchsgründe eingeräumt.
All diese Rechte (§99 II BetrVG) zielen grundsätzlich auf eine wirksame Wahrung des sozialen Friedens in der Belegschaft, der nur durch konsequente Anwendung der in §§ 75, 93 und 99 BetrVG niedergelegten Grundsätze von Recht und Billigkeit zwischen den Belegschaftsmitgliedern gefördert werden kann.[36)]
Zur Realisierung dieser dringenden Forderung hat der Gesetzgeber die Zustimmung des BRates nicht ohne guten Grund für nötig erachtet und zwar deswegen, weil der BRat im Gegensatz zum ArbG, als demokratisch legitimiertes Gremium die größeren Garantien dafür gibt, unparteiisch in die einzelnen Fälle einzugreifen. Was würde sich aber ändern, wenn an die Stelle seines an bestimmte normative Tatbestände gebundenen Anfechtungsrechts ein volles Mitb-Recht träte ?
Um Mißverständnisse zu vermeiden, darf man nicht vergessen, daß auch bei dem vollen Mitb-Recht des BRates, (wie in §§ 87 II ,91 Satz 2 und 3,95 I Satz 2,II Satz 2 und 3, 102 VI, 112 II Satz 2 und IV) nicht mit angeblich unsachlichen oder willkürlichen Verweigerung des BRates zu rechnen ist, weil das BetrVG auch bei vollem Mitb-Recht immer eine Einigungsstelle vorsieht, die bei Meinungsverschiedenheiten entscheidet.Die Einigungsstelle faßt ihre Beschlüsse gemäß einer Neuerung des BetrVG 1972 unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebes und der betroffenen ArbN nach billigem Ermessen (§76 VI Satz 3BetrVG).
Würde man sich die Funktion der Einigungsstelle i.Sinne der vorherigen Unterwerfung beider Betriebspartner vorstellen, so stünde man vor folgender Alternative:
Auf der einen Seite ein volles Zustimmungsrecht des gewählten BRates, dessen eventuelle-obwohl ausnahmsweise- unssach-

---

36) G.Müller zutreffend in RdA 1969,228ff.

liche Entscheidungen durch die Einigungsstelle korrigiert werden können. Auf der anderer Seite ein ArbG, dessen personelle Entscheidungen nur an bestimmten Widerspruchsgründen scheitern können.
Bei einer solcher Gegenüberstellung wäre es nicht ersichtlich, wie die -über die in §99 II vorgesehenen Widerspruchsgründe hinaus- unkontrollierbare Entscheidung des ArbG gegenüber einer durch die Einigungsstelle kontrollierbaren Entscheidung des BRates sachlicher, gerechter und für die ArbN vorteilhafter wäre.

Welche Vorteile die Berufung der Einigungsstelle bietet, ist kaum zu übersehen, wenn man bedenkt, daß sie aus Personen besteht, die in der Regel über unmittelbare Kenntnis der Beschäftigten und der konkreten betrieblichen Probleme und Möglichkeiten verfügen.
Wo der BRat gemäß § 99 II BetrVG nicht eingreift, verfügt der ArbG entsprechend über Spielraum und vermag oft auf Grund subjektiv motivierter und deswegen kaum vor dem ArbGericht nachweisbarer Beziehungen personelle Maßnahmen zu ergreifen und besonders den in § 75 BetrVG niedergelegten Grundsatz der gleichen Behandlung mit größerer Beweglichkeit zu umgehen.
Es geht also nicht um einen Ausbau der ArbN-Rechte,sondern um eine Verstärkung der Rechte des ArbG, dessen Mißbrauch vor den ArbGerichten schwer nachweisbar ist.[37)]
Was die Einstellung der ArbN speziell betrifft, so ist folgendes zu bemerken:
Der Gesetzgeber selbst hat in § 99 II BetrVG dem Belegschaftsinteresse gegenüber dem Interesse des Einzustellenden den Vorrang gegeben, es sei denn, daß dies aus betrieblichen oder personellen Gründen nicht gerechtfertigt ist.
Die Gefahr, daß angeblich der BRat aus überbetrieblichen Belegschaftssolidarität oder aus unsachlichen Motiven die betrieblichen Notwendigkeiten verkennen kann, ist deswegen nicht relevant, weil die Einigungsstelle,die paritätisch besetzt und in zweiter Instanz zuständig ist, die Belange beider Seiten berücksüchtigen soll.

37) vgl Däubler aaO S.373.

Im übrigen muß man den Nachweis erbringen, daß der BRat in der Regel weniger bereit als der ArbG ist, den neu einzustellenden Bewerber zu akzeptieren.
Daß zwischen dem Belegschafts-und Bewerberinteresse eine Kollision[38] i.Sinne des § 99 II Satz 6 BetrVG entstehen kann, läßt sich nicht als Argument gegen die Erweiterung der Rechte des BRates heranziehen, weil dieser Fall eine Ausnahmeerscheinung ist, die vom Gesetzgeber selbst zugunsten der Belegschaft beigelegt ist.
Um eine Lücke zu schließen, muß man sich nicht an der Ausnahme, sondern an der Regel orientieren.[39][40]
Die Regel lautet, daß der BRat, der von seiner Natur aus der Arbeitnehmerschaft näher steht und mit einer ständigen demokratischen Kontrolle zu rechnen hat,dem Bewerber zumindest nicht weniger hilfsbereit als der ArbG gegenübersteht.[41]
Wenn man aber all diesen auch durch die Erfahrung verifizierten Feststellungen kein ausschlaggebendes Gewicht beimißt, so fällt die rechtliche Beurteilung nicht anders aus.
Ziel des BetrVG ist an erster Stelle der Schutz des Belegschaftsmitglieds gegenüber dem ArbG, nicht der Schutz des Bewerbers gegenüber der Belegschaft. Das Bewerberinteresse steht nach dem Interessengegensatz zwischen Belegschaft und ArbG an zweiter Stelle und ist für das BetrVG irrelevant.[42]

---

38) Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S .1452.
39) vgl den Parallelfall des Mißbrauchs der militärischen Befehlsgewalt, Wonach Wehrpflicht nicht generell an Art.1 GG scheitern läßt,BVerfGE 12,50f;vgl Zöllner-Seiter,ZFA 1970,110, wo eine blosse Gefahrenlage für die Außenseiter keinen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit darstellt,vgl zum ganzen Däubler,aaO S. 373 Fn.96.
40) Mit Recht äußert Däubler seine Überraschung, weil Hueck-Nipperdey der gegenteiligen-wenig überzeugenden-Methode gefolgt sind, nämlich die entstehende Lücke anhand des Ausnahmefalles zu schließen,dazu Däubler,aaO S.372.
41) Unverständlich ist deshalb das in der Stellungnahme von Hueck-Nipperdey geäußerte Mißtrauen gegenüber der Machtausübung von ArbN-Vertretern, wo die Machtstellung des ArbG als das geringste Übel betrachtet
42) Mit Recht kritisiert Däubler dahingehend die Stellungnahme von Hueck-Nipperdey,daß entgegen den eigenen methodischen Prämissen der Verfasser rechtspolitische Erwägungen zu tragender Grundlage für die Lösung des rechtsmethodischen Problems der Gesettzesexegese werden,Däubler,aaO S.372

Für das BetrVG steht der Schutz der Belegschaft vor willkürlichen,schädlichen Maßnahmen des ArbG im Vordergrund und eine daraus entstehende Benachteiligung des Bewerbers ist nur Reflex.
Deswegen räumt §99 BetrVG dem Bewerber nicht einmal das Recht ein,bei Verweigerung des BRates am Gericht zu klagen.[43)]
Wenn aber der Gesetzgeber selbst das Bewerberinteresse nicht unmittelbar als schutzwürdig anerkennt, dann stellt die Berufung auf die Benachteilung des Bewerbers eine unzulässige Verschiebung des rechtlichen Gewichts dar.
Die Kernfrage liegt aber praktisch nicht im Recht des BRates, bei Einstellungen zuzustimmen, sondern in seiner rechtlichen Möglichkeit, bei Kündigungen mitzuentscheiden. Kann zulässigerweise, wie später dargelegt werden soll, jede Kündigung von der Zustimmung des BRates abhängig werden, so ist faktisch das Recht des ArbG,auf Grund der geltenden marktgesetzlichen Interdependenzen, neue ArbN einzustellen, im Ergebnis eingeschränkt.

d) Verstößt die Erweiterung der Mitb-Recht gegen die Arbeitsgerichtsbarkeit ? Rechts-und Regelungsstreitigkeiten.

Das BAG[44)] hat die Zulässigkeit einer BV,durch die dem BRat ein Zustimmungsrecht eingeräumt wurde,davon abhängig gemacht,ob eine unabhängige Schiedsstelle vorgesehen wird.
Anläßlich dieser Entscheidung hat Bötticher[45)] die Ansicht vertreten, diese Einräumung stehe mit den §§ 4,101 ArbGG nicht in Einklang, denn es widerspreche durchaus der Tendenz des ArbGG, diese Nachprüfung bzw Ersetzung der Zustimmung des BRates entgültig in die Hand einer Schiedsstelle zu legen. Er beruft sich darauf, daß Streitigkeiten aus der personellen Mitbestimmung des BRates in den

43) Eine andere Frage ist, ob die gesetzliche Konzeption selbst eine Einschränkung der Berufsfreiheit(Art.12GG) darstellt.Dies ist aber auch von denjenigen Autoren verneint, die einer Erwe terung nicht freundlich gegenüberstehen,dazu Dietz-Richardi,aaO §99 Anm.135;Maunz-Dürig-Herzog,GG Art.12 Rn104;ArbGericht Göttingen DB 1973,339
44) BAG AP Nr.14 Blatt 1 zu 626 BGB.
45) Siehe Böttichers Anmerkung in BAG AP Nr.14 Blatt4 zu §626 BGB

Rechtsweg (und nicht etwa in eine Einigungsstelle) verwiesen sind.
Obwohl die einschlägige Argumentation sich auf Kündigungen bezieht, ist sie auch für die übrigen personellen Maßnahmen relevant, weil das heutige BetrVG, abgesehen von der Kündigung, wo ein Zustimmungsrecht des BRates und bei Versagen eine Einigungsstelle gemäß § 102 VI möglich sind, bei den übrigen personellen Maßnahmen eine Ersetzung der Verweigerung des BRates durch das ArbGericht vorsieht.
§ 4 ArbGG sieht einen Ausschluß der Arbeitsgerichtsbarkeit nach Maßgabe der §§ 101-110 ArbGG nur in den Fällen des § 2 I Nr.1 bis 3 ArbGG vor.
Die in § 2 I Nr.4 lit.1 ArbGG ausschließliche Zuständigkeit der ArbGerichte für die Entscheidung über die Verweigerung der Zustimmung des BRates in personellen Angelegenheiten wird vo §4 ArbGG nicht berührt und kann deshalb vom Schiedsgericht nicht ersetzt werden.
Als Schiedsgericht kann eine Stelle nur dann angesehen werden, wenn sie Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden hat, die zu den ArbGerichten gehören. Dagegen sind nicht als Schiedsgerichte diejenigen Stellen anzusehen, die nur Regelungsstreitigkeiten beizulegen haben.[46)]
Wie ist aber die rechtliche Beurteilung der im BetrVG vorgesehenen Einigungsstelle gegenüber den vorher genannten Urteilsstellen?
Im alten BetrVG hatte die Abgrenzung zwischen Regelungs- und Rechtsstreitigkeiten, was das verbindliche Verfahren betraf, eine rechtliche Bedeutung. Denn hier war die Einigungsstelle nur[47)], oder nach einer anderen Auslegung grundsätzlich[48)], für Regelungsstreitigkeiten zuständig, während eine Rechtsstreitigkeit das ArbGericht im Beschlußverfah-

---

46) Auffarth-Schönher,ArbGG Komm.1965 §101 Anm.2 S.614.
47) Daß die Einigungsstelle nur für Regelungsstreitigkeiten zuständig war,siehe BAG AP Nr.3 zu §56 BetrVG (1952) Akkord= BB 1963,38.
48) Daß die Einigungsstelle grundsätzlich für Regelungsstreitigkeiten zuständig war,siehe LAG Baden-Württemberg,Entscheidung v.28.9.1964=BB1965,164.

ren zu entscheiden hatte.[49]

Konsequenterweise hat das alte BetrVG in § 61 II das ArbGericht als zuständig für die Feststellung erklärt, ob ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung des BRates vorliege. Meinungsverschiedenheiten darüber, ob der BRat mit Recht seine Zustimmung verweigerte, waren eine Rechtsstreitigkeit, die darin bestand, ob die vom BRat vorgebrachten Gründe unter den vom BetrVG angeordneten normativen Tatbeständen(§61 III a) b)c) BetrVG 1952) subsumiert werden können.Die Entscheidung dieser Frage, die eine reine Auslegungsfrage des Gesetzes ist, liegt beim ArbGericht.[50]

Das neue BetrVG hat, trotz Erweiterung der Widerspruchsgründe, an der alten Konzeption festgehalten.Erweitert man aber das Anfechtungsrecht des BRates zu einem universellen Mitb-Recht i.Sinne einer Entscheidung im freien Ermessen, dann besteht bei Versagen des BRates keine Rechtsstreitigkeit mehr, sondern eine Regelungsstreitigkeit. Es gibt keine Normen, an denen die Verweigerung des BRates zu prüfen ist, sondern nur einen Ermessensspielraum; es geht einfach darum, ob die vom ArbG vorgeschlagene Maßnahme ergriffen werden soll.[51]

Wollte man bei einem vollen Mitb-Recht des BRates im Falle von Divergenzen zwischen ArbG und BRat anschließend das

---

49) Dietz-Richardi aaO §76 Anm.42(S.780,781);Dietz,BetrVG Komm. 4.Aufl.§50 Anm.5;Nikisch,Lehrbuch,III S.320; Hueck-Nipperdey aaO II/1 S.767 mwN; Dütz, Gerichtliche Überprüfung,S.17ff,47(etwa differierend).
Wenn ausnahmsweise, wie in §70 II BetrVG 1952, auch Rechtsstreitigkeiten vor die Einigungsstelle gebracht wurden, so dies nur deswegen, um internste Angelegenheiten der Unternehmensleitung möglichst geheimzuhalten, siehe den Bericht des Ausschußvorsitzenden Sabel BT-Drucks.I/3585,abgedruckt in RdA 1952,281ff(292).

50) Über den Unterschied zwischen Rechts-undRegelungsstreitigkeiten siehe in demselben Sinne Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.769;Dietz,aaO §50 Anm.5;Meissinger,Schlichtung und Richterspruch in der Betriebsverfassung 54 Nr.9ff G.Müller,Gedanken zur Systematik des Schlichtungsrechts in der Betriebsverfassung 55 Nr.4,3;Dietz-Nikisch,ArbGG Komm.Anm.176ff;Dersch-Volkmar,ArbGG,§2 Anm.201;Dietz-Richardi,aaO §76 Anm.42;vor allem aber Dütz,aaO S.10 ff.

51) Zustimmend:Auffarth-Schönherr aaO §101 Anm.2(S.614); Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.770;Dietz,BB 1951,870ff(871); vgl Leser,AuR 1955,19f(22);Urteil v.6.11.1956-3 AZR 42/55 =BAGE 3,168f(173)=AP Nr.14 Blatt 3 zu §626 BGB= BB 57,39=DB 1956,1211.

ArbGericht anrufen, so verstieße dies einerseits gegen den Sinn des vollen Mitb-Rechts, andererseits aber gegen die ihm eigentlich durch das BetrVG aufgegebene Funktion, die nur auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der erhobenen Ansprüche (zB § 99 II a),b),c),d) BetrVG) eingeschränkt ist.[52]

Das ArbGericht müßte dann eine Entscheidung nach "billigem Ermessen" fällen (§ 76 V Satz 3BetrVG), die aber nach der Konzeption des BetrVG der Einigungsstelle, nicht dem ArbGericht zusteht.[53] Die Anrufung der Einigungsstelle gemäß § 87 II BetrVG ist eine konsequente Anwendung des Grundsatzes, daß die ArbGerichte nie bei Regelungsstreitgkeiten einzuschalten sind.[54]

Unter der Geltung des alten BetrVG ist schon für die sozialen Angelegenheiten anerkannt, daß eine Erweiterung der erzwingbaren Mitbestimmung durch TV zur Folge hatte, daß jeder Betriebspartner auch gegen den Willen des anderen einen Spruch der Einigungsstelle herbeiführen konnte.[55] Dies bedeutet, daß die Einigungsstelle der Erweiterung der Mitb-Rechte keine Erschwernis bereitet, soweit die Erweiterung an sich zulässig ist.[56]

---

52) Daß eine Erweiterung des Widerspruchsrechts zu einem vollen Mitb-Recht, außer ausdrücklichem gegenteiligen Willen der Tarifparteien, nicht mehr mit dem ArbGericht, sondern mit der Einigungsstelle verbunden ist, ergibt sich auch aus § 102 VI BetrVG, der bei Einräumung eines vollen Mitb-Rechts die Möglichkeit einer Einigungsstelle vorsieht.

53) Zustimmend Däubler, aaO S.375.

54) Dies ist deutlich nicht nur bei den Vorschriften des ArbGG, wie §2 I Nr.1 ArbGG (dasselbe § 82 BetrVG 1952), sondern auch im BetrVG. Wenn in § 103 II BetrVG bei Zustimmungserfordernis des BRates anschließend die Zuständigkeit des ArbGerichts vorgesehen ist, so ist dies nur Scheinausnahme. Denn das ArbGericht unternimmt hier keine Interessenabwägung, sondern spricht sich aus, ob ein wichtiger Grund i.Sinne des § 626 BGB vorliegt. Dies ist aber keine Regelungsstreitigkeit.

55) Dütz, Gerichtliche Überprüfung S.26, wo diese Möglichkeit anerkannt wird.

56) Dütz, aaO S.26.

Wenn aber im personellen Bereich (§99 II BetrVG), in dem kein verbindliches Verfahren vorgesehen ist, eine Erweiterung des Mitb-Rechts erfolgt, die,wegen Änderung des Charakters der Streitigkeiten (von Rechts-in Regelungsstreitigkeiten) nicht mehr eine sofortige Anrufung des ArbGerichts rechtfertigt, so ist diese Lücke in entsprechender Anwendung des § 87 II BetrVG zu schließen.[57]
Der Spruch der Einigungsstelle bedeutet keinen entgültigen Ausschluß des ArbGerichts. Dem Richter gebührt aber das letzte, nicht das erste Wort.[58] Ihm bleibt die volle Rechtskontrolle.[59] Die Entscheidung der Einigungsstelle ist auf Rechtsmißbrauch, auf Überschreitung des Ermessensspielraums, nicht aber auf ihre Zweckmäßigkeit und Richtigkeit zu prüfen.[60]
Daraus kann nicht der Schluß von einem eingeschränk Gerichtsschutz gezogen werden.[61] Es wurde zutreffend entgegengehalten, daß die verfassungsmäßige Gerichtsschutzgarantie zwar einen richterlichen Rechtsschutz, nicht aber eine richterliche Ermessenskontrolle beinhaltet.[62]

e) Vorteile und Nachteile der Einigungsstelle im Vergleich zum ArbGericht.

Für die Einleitung des verbindlichen Verfahrens vor der Einigungsstelle gemäß § 87 II BetrVG sprechen aber auch

---

57) Ähnlich äußert sich Monjau,DB 1967,205 :"Da das ArbGericht nach allgemeiner Ansicht im Beschlußverfahren nur über die vom Gesetz in § 61 III BetrVG(1952) aufgezählten Gründe entsceiden kann, muß eine Möglichkeit bestehen, diese und vor allem andere Gründe zur Verweigerung auf andere Weise zu klären.Zu denken ist vor allem an eine Schlichtungsinstanz, die,wie eine Einigungsstelle, darüber entscheidet".

58) Dütz,DB 1972,389(1.Sp.);ders.Gerichtsschutz im Privatrecht 1970,S.113;zustimmend Dietz-Richardi,aaO §76 Anm.79,80.

59) Dietz-Richardi,aaO §76 Anm.80,52;Dütz,DB 1972,389; ders. Gerichtliche Überprüfung S.97ff;Gnade,AuR 1973,46.

60) Liegt eine Regelungsstreitigkeit vor, so ist bei Aufhebung des Spruchs der Einigungsstelle eine Sachentscheidung des Gerichts nicht möglich.Nur die Einigungsstelle kann wieder angerufen werden.Liegt dagegen vor dem ArbGericht ein Spruch in Rechtsfragen, so ist bei Aufhebung des Spruchs auch eine eigene Entscheidung zu fällen,Dietz-Richardi,aaO §76 Anm.85;Dütz DB 1972,389;ders. Gerichtliche Überprüfung, S.102.

61) Solche Bedenken in:Bundesvereinigung der Deutschen ArbG-Verbände S.9;vglGalperin,RegE eines neuen BetrVG S.50.

62) Dütz,DB1972,389;ders.Gerichtsschutz im Privatrecht S.215.

materielle Gründe:

Die Einigungsstelle bietet dem ArbGericht gegenüber Vorteile. Sie ist auf Grund ihrer größerer Nähe zum Betrieb, die schon aus ihrer Zusammensetzung resultiert, und die eine bessere Einschätzung der konkreten betrieblichen Situation ermöglicht, primär zur Entscheidung berufen.[63] Sie ist aber durch die Nachteile, die mit einem Schiedsvertrag verbunden sind, nicht belastet.

Die vom Schriftum gegen die Schiedsgerichte geäußerten Bedenken:[64] a)Verlangsamung des Prozeßes b) Rücksichtnahme auf den wirtschaftlich Schwächeren, hier auf den ArbN und c) die Gefahr einer Aushöhlung der staatlichen Gerichtsbarkeit, stehen der Einigungsstelle des BetrVG nicht im Wege.

Prozeßpolitische Schutzgedanken scheiden aus, weil vor der Einigungsstelle nur der ArbG und der BRat auftreten. Der BRat bedarf aber ebensowenig eines Schutzes, wie eine Tarifpartei, die nach der gesetzlichen Regelung in der Vereinbarung von Schiedsklauseln in eigenen Angelegenheiten frei ist.[65] Denn die Stellung des BRates ist gegenüber dem ArbG gesetzlich so gefestigt und ihm sind so viele Rechte eingeräumt, daß man ihn nicht als schutzbedürftig gegenüber ihren eigenen Abmachungen halten kann,[66] und zwar sogar, wenn es sich um die Erweiterung seiner Rechte handelt. Schließlich rechtfertigt die dem ArbGericht weiterbleibende richterliche Rechtskontrolle nicht den Vorwurf einer Aushöhlung der Arbeitsgerichtsbefugnisse.[67]

Schluß :Nicht nur formelle, prozessuale sondern auch materielle Gründe sprechen für die Vereinbarkeit von §§ 4,1 ArbGG und einem dem BRat eingeräumten vollen Mitb-Recht.[68]

---

63)Bischoff,Die Einigungsstelle im BetrVG 1975 Diss.S.163;Dütz Gerichtliche Überprüfung S.58;Auffarth-Schönherr,ArbGG Komm. sprechen von einer Überforderung der ArbGerichte, falls auch die Regelungsstreitigkeiten ihrer Zuständigkeit gehören,siehe aaO § 2 Anm.13(S.221).

64)Maßgebend für die Verbote schiedsgerichtlicher Entscheidungen war die Befüchtung, daß der ArbN als der wirtschaftlich schächere Teil benachteiligt werden könnte,zumal Schiedsabreden seinerzeit nur in den Einzelarbeitsverträgen möglich waren, bei deren Abschluß die Stellung des ArbN überwiegen mochte, siehe amtliche Begründung zum ArbGG 1926, Sonderheft zum RArbBl.1925 S.96.

65)Dütz,Gerichtliche Überprüfung S.61.

66)Dietz,BB1951,871

67)Dütz,aaO S.61

68)Zustimmend Dütz aaO S.54 Fn 36

Daraus ergibt sich, daß bei einem tarifvertaglich vereinbarten,universellen Zustimmungsrecht des BRates in personellen Angelegenheiten(§ 99 BetrVG) kein rechtlich relevanter Grund besteht, der das verbindliche Verfahren vor der Einigungsstelle entsprechend §87 BetrVG verbietet. Weniger problematisch sieht die Rechtslage aus, soweit die Rede nicht vom verbindlichen,sondern vom freiwilligen Verfahren ist. Nachdem das neue BetrVG die Kompetenz der Einigungsstelle im Rahmen der verbindlichen,sog. Zwangsschlichtung eindeutig auf Rechtsfragen erweitert hat,[69] ist auch für das freiwillige Verfahren von einer Zuständigkeit der Einigungsstelle in Regelungs-und in Rechtsstreitigkeiten auszugehen. Die Bestimmungen über den Ausschluß der Schiedsgerichtbarkeit nach §§ 4,101 ArbGG stehen dem nicht entgegen.[70] Insbesondere bestehen keine Bedenken, daß ArbG und BRat sich im voraus dem Spruch der Einigungsstelle unterwerfen.[71]
So stünde von der Einigungsstelle her nichts im Wege,wenn die Betriebspartner eine BV abschlößen, in der sie eine Erweiterung der Widerspruchsgründe oder ein volles Mitb-Recht des BRates in personellen Maßnahmen (§99 BetrVG) vereinbarten und bei Meinungsverschiedenheiten darüber sich dem Spruch der Einigungsstelle im voraus unterwürfen.[72]

f) Praktische Anwendungsmöglichkeiten.

Die Beteiligungsrechte des BRates bei personellen Einzelmaßnahmen können durch TV oder BV dahingehend erweitert werden:

1) Gegenständlich in dem Sinne, daß sie, außer der in §

---

69) Dietz-Richardi,aaO §76 Anm.43;Gnade,AuR1973,46;Dütz,DB 1972,384ff.
70) Zustimmend Dietz-Richardi,aao §76 Anm.43.
71) Unterschiede bestehen nur ob die Unterwerfung für bestimmte Meinungsverschiedenheiten(so Ditz-Richardi, aaO §76Anm.63) oder für alle Fälle zulässig ist(so aber Fitting-Auffarth-Kaiser,11.Aufl. §76 Anm.29).
71) Schon im früheren Recht hat Dütz die Meinung geäußert,daß eine solche Erweiterung keine Schwierigkeiten für die Einigungsstelle bereitete,siehe Dütz, Gerichtliche Überrüfung S. 31,26.

99 I BetrVG enthaltenen Maßnahmen, die Beförderung,[73] die Umsetzung[74] wie auch die Suspendierung[75] des Arbeitsverhältnisses erfassen, die nicht unter den Begriff der Versetzung fallen.

2) Nach Intensitätsgrad in dem Sinne, daß weitere Widerspruchsgründe vorgesehen werden können, oder daß das Widerspruchsrecht zu einem im freien Ermessen liegenden Zustimmungsrecht erhoben werden kann.[76] Im letzteren Fall muß bei Versagen des BRates nicht das ArbGericht, sondern die Einigungsstelle angerufen werden,weil nicht eine Rechts-sondern eine Regelungsstreitigkeit zur Entscheidung vorliegt.

5. Erweiterung der Mitb-Rechte des BRates bei Kündigungen.

Zum ersten Fall hat das neue BetrVG in § 102 VI ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, daß durch BV die Kündigung an die Zustimmung des BRates gebunden werden kann und bei Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung der Nichterteilung der Zustimmung die Einigungsstelle entscheidet.

Die Frage,welche verschiedenartigen Erscheinungsmöglichkeiten auftreten, ist besonders von der Ermittlung des wahren Inhalts und der normativen Tragweite des § 102 VI BetrVG abhängig.

Zunächst unterscheidet die gesetzliche Ermächtigung nicht zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung. Die ganze Struktur des § 102 spricht dafür, daß beide Kündigungen gemeinsam geregelt sind.

---

73) Zustimmend:Fitting-Krägeloh-Auffarth,BetrVG,Komm.9. Aufl. §60 Anm.7a;Däubler aaO S.374;G.Müller RdA 69, 232;Fabrikius/kraft/Thiele/wiese,Gemeinschaftskommentar, Vorbem.§92 Anm.12

74) Zustimmend:Däubler aaO S.374;Fitting-Auffarth-Kaiser BetrVG Komm.11.Aufl.§99 Rn.13;Hromadka DB 1972,1535.

75) Dafür im alten Recht:Brandner,AuR 1958,326;Fitting-aaO §66 Rn.7a;Meisel,Die Mitwirkung des in personellen Angelegenheiten S.12ff;G.Müller RdA 1969,232; Neumann-Duesberg,Lehrbuch des BetrVG,S.378;dagegen: Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S.1452mwN in Fn.98a;Galperin-Siebert,BetrVG Komm.Vorbem.§60 Anm 30; dafür im neuen Recht:Däubler,aaO S.374

76) Däubler,aaO S.374.

a) Erfaßt § 102 VI BetrVG jede Kündigung?

Unter der Geltung des alten BetrVG hat das BAG widersprüchlich Stellung bezogen. Der dritte Senat[77] hat eine Kollektivvereinbarung für zulässig gehalten, die die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung von der Zustimmung des BRates abhängig machte, wenn nur eine unabhängige Schiedsstelle vorgesehen wird, die die Verweigerung der Zustimmung des BRates nachprüfen und ersetzen kann. Dagegen hat sich der erste Senat ausgesprochen[78], weil nach seiner Ansicht die vorgesehene Einigungsstelle ein Schiedsgericht sei, dessen Einrichtung gegen §101 ArbGG verstoße.

Ein Ausschluß der Arbeitsgerichtsbarkeit führe aber zu einem Ausschluß oder zu einer wesentlicher Erschwerung der Ausübung der Befugnis zur außerordentlichen Kündigung, die nach § 626 BGB zwingend und unabdingbar sei.

Im neuen BetrVG ist aber zu berücksichtigen, daß §102 VI ausdrücklich eine BV zuläßt, die, bei Meinungsverschiedenheiten zwischen BRat und ArbG, die Entscheidung der Einigungsstelle überläßt.

§102 VI BetrVG geht daher als lex spezialis dem § 101 ArbGG vor.[78a] Mit der überwiegenden Meinung[79] ist infolgedessen davon auszugehen, daß die Regelung in §102 VI sowohl die ordentliche als auch die außerordentliche Kündigung erfaßt.

b) Der durch § 102 VI eröffnete Spielraum. Regelungs-oder Rechtsfrage ?

Welcher Spielraum aber durch § 102 VI den Betriebspartnern zur Verfügung steht und zwar in welchem Sinne das Zustim-

77) BAG AP Nr.14 zu §626 BGB=BAGE 3,168f(172f);zustimmend Meissinger,BetrVG Komm.§66 Anm.3;Schlessman RdA1952,170.

78) BAG AP Nr. 27 zu § 626BGB=BAGE 6,109f(115);zustimmend Dietz aaO §66 Anm. 12d; Fitting-Krägeloh-Auffarth,BetrVG Komm.9 Aufl. § 66 Anm. 20;Hueck-Nipperdey,aaO I S.597;Nipperdey-Säcker bei Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S.1454.

78a) Übereinstimmend Dietz-Richardi,aaO § 102 Anm.129,wo steht: "...hier ist aber zu berücksichtigen,daß Abs.6 ausdrücklich eine BV verlangt,durch die der Einigungsstelle bei Meinungsverschiedenheiten die Entscheidung zugewiesen wird und daher als lex spezialis dem § 101 ArbGG vorgeht."

79) Einstimmig:Dietz-Richardi,aaO §102 Anm,129;Gnade-Kehrmann-Schneider,BetrVG Komm.1972,§102 Anm.27;Fitting-Auffarth-Kaiser,BetrVG Komm.11.Aufl.§102 Anm.25;Kitzelmann BUV1972, 220;Meisel,aaO 192;ders.DB1974,142;Adomeit DB 1971,2363; Däubler,aaO S.375;Halberstadt BB 1973,1442f(1446);Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese,aaO Vorbem.12;Gumpert BB 1972,48 (unter II 3);Küchenhoff,BetrVG Komm.1974, § 102 Anm. 21.

mungserfordernis vereinbart werden kann,ist eine Frage, in der die Meinungen weit auseinandergehen.Insbesondere, was den Umfang der gerichtlichen Nachprüfung der durch die Einigungsstelle gefällten Sprüche angeht,bestehen zwei verschiedene Auffassungen:

a) Die erste sieht im Spruch der Einigungsstelle eine Entscheidung über eine Rechtsfrage.[80)]

b) Die zweite[81)] erblickt darin eine Entscheidung über eine Regelungsfrage.

Die sich daraus ergebenden Konsequenzen sind von erheblicher Relevanz.

Nach der ersten Meinung hat der BRat für seine Entscheidung keinen Ermessensspielraum, sondern einen Beurteilungsspielraum. Er solle einfach darüber mitentscheiden, ob die Kündigung notwendig und ob sie sozial gerechtfertigt sei.[82)] Der BRat erfülle eine ähnliche Funktion, wie das ArbGericht bei der Überprüfung der Rechtfertigung nach dem KSchG. Daher unterliege auch der Spruch der Einigungsstelle in vollem Umfang der arbeitsgerichtlichen Kontrolle. Die Zwischenschaltung der Einigungsstelle habe also keine andere Funktion, als den direkten Zugang zum ArbGericht auszuschließen.[83)]

Dieser Auffassung kann man nicht zustimmen.

Nach der Begründung zum RegE[84)] soll durch § 102 VI BetrVG die bisher schon in Betrieben geübte Praxis, durch BV dem BRat ein volles Mitb-Recht bei Kündigungen einzuräumen, ausdrücklich zugelassen werden.

Die angegebenen Beispiele zu der Tarifpraxis[85)] lassen keinen Zweifel daran,daß sie das Mitb-Recht des BRates als eine seinem freien Ermessensspielraum zustehende Befugnis verstehen, dessen Wirksamwerden derjenigen des §56

---

80) Dietz-Richardi,aaO §102 Anm.136;
81) Adomeit DB 1971,2363;Meisel,aaO S.192.
82) Richardi,DB 1970,883;ders.ZFA 1972,Sonderheft S.33; Dietz-Richardi aaO §102 Anm.136.
83) Dietz-Richardi aaO §102 Anm.136.
84) BT-Drucks.VI/1786 S.
85) Zur Tarifpraxis siehe S.19ff(20 Fn.71,S.21 Fn.72, 73, S.22 Fn.80)

BetrVG (§87 BetrVG 1972) gleizusetzen sind[86]. Auch die Gerichte haben die ihnen gestellten Fälle der Zustimmung des BRates als Fälle des vollen Mitb-Rechts behandelt und die Einigungsstelle als eine Stelle angesehen, die die "...Verweigerung des BRates naprüfen und ersetzen.."kann[87]

c) Die Fassung des § 102 VI BetrVG und Kritik daran .

Gewiß ist die Ausdrucksweise des § 102 VI nicht oder nicht in vollem Umfang zutreffend.

Die Worte in § 102 VI "...über die Berechtigung der Nichterteilung der Zustimmung..." vermitteln der Eindruck, daß es hierbei um eine Rechtsfrage geht.[88]

Diese Formulierung, obwohl sie sich verwirrend auswirkt, behält doch ihren Sinn und ist aus folgender Überlegung verständlich: Während eine ohne Anhörung des BRates ausgesprochene Kündigung gemäß § 102 I unwirksam ist,ist die Nichtzustimmung des BRates gemäß § 102 III keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung. Der fristgemäße Widerspruch des BRates ist nur eine Voraussetzung für das Rückgängigwerden der Kündigung. Die vom ArbG ausgesprochene Kündigung bleibt trotz der Nichtzustimmung gültig[88a] und erst,wenn der betroffene ArbN eine Kündigungsschutzklage erhebt, k a n n die Kündigung rückgängig gemacht werden. Im Gegensatz zu § 99 II BetrVG existiert deshalb im betriebsverfassungsrechtlichen Verfahren ein Mitb-Recht-abgesehen vom Anhörungsrecht gemäß §102 I BetrVG-nicht. Mitb-Recht im betriebsverfassungsrechtlichen Verfahren als Voraussetzung der Kündigung einerseits und Berücksichtigung des Widerpruchs des BRates bei der Kündigungsschutzklage andererseits sind aber nicht gleich abgesicherte Rechte. Gerade auf die Einführung eines solchen wirksamer funktionierenden Mitb-Rechts bezieht sich § 102 VI. Er eröffnet die Möglichkeit,

86)BAG AP Nr. 3 zu § 57 BetrVG 1952=BB 1962,123;BAG AP Nr. 14 zu §626 BGB;LAG Düsseldorff,BB 1970,666=JuS1970,540=BUV 1970,139;LAG erlin SAE 1965,12ff;In der Entscheidung des BAG AP Nr.3 Blatt 3 Rücks.zu §626 BGB steht es: "..hierbei geht es darum, ob die vom ArbG vorgeschlagene Maßnahme ergriffen werden soll. Das gilt zumindest dann, wenn der BRat, wie auf der vorliegenden BV, nach freiem Ermessen darüber zu entscheiden hat, ob er seine Zustimmung geben soll oder nicht";zustimmend Halberstadt-Zandler, Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht, Rn.537

87)So ausdrücklich BAG AP Nr.14 zu §626 BGB 2. Leitsatz

88)Kitzelmann BUV 1972,292;Halberstadt BB 1973,1444(link.Sp).

88a)Dietz-Richardi,aaO §102 Anm.71:"Der ArbG wird durch den Widerspruch nicht gehindert, die Kündigung auszusprechen"

daß durch BV "...Kündigungen der Zustimmung des BRates bedürfen...". Das Bedürfnis nach Zustimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung kann sowohl an bestimmte Widerspruchsgründe als auch an keine Tatbestände gebunden sein.[89] Eben weil der Gesetzgeber in § 102 VI an all diese Fälle des gebundenen und des nicht gebundenen Ermessens gedacht hat, die ex lege nicht erfaßt sind, hat er von der "... Berechtigung der Nichterteilung der Zustimmung..." gesprochen. Durch diese Auslegung erfährt §102 VI BetrVG seinen richtigen Sinn: Haben die Betriebspartner bestimmte Widerspruchsgründe als Wirksamkeitsvoraussetzung vorgesehen, dann spricht man richtigerweise von der "Berechtigung".[90] Die Einigungsstelle entscheidet über eine Rechtsfrage mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen. Ist dagegen die Zustimmung des BRates an keine normative Tatbestände gebunnden, so liegt nicht mehr eine Rechts-sondern eine Regelungsfrage vor.

Hätte die gegenteilige, von Richardi aufgestellte These[91] den Vorrang, so brächte die Einschaltung der Einigungsstelle den Betriebspartnern keinen praktischen Vorteil; im Gegenteil hätte sie mit Sicherheit Verzögerung zur Folge, angesichts der Tatsache, daß jeder Betriebspartner, der sich mit dem Spruch der Einigungsstelle nicht zufrieden gibt, anschließend das ArbGericht anrufen soll. Zwar verbliebe gegenüber der gesetzlichen Regelung der eingeschränkte Vorteil, daß der ArbG zur Wirksamkeit der Kündigung auch die Zustimmung des ArbGerichts einholen müßte. Da aber das Gericht wieder auf Grund des ex lege gesetzten Kündigungsschutzrechts entscheiden würde, verstieße eine solche Auslegung gegen den wahren Sinn des §102 VI BetrVG, der das Zustimmungserfordernis mit einer echten, materiellrechtlichen Verstärkung der Arbeitnehmerposition verbunden will, wie sie in den-nicht streng juristischen-Vorstellungen des BRates gemeint ist und wie sie aus

89) §102 VI BetrVG läßt keinen Zweifel daran, daß das Zustimmungserfordernis auch im freien Ermessen des BRates vereinbart werden kann.

90) Wenn man, wie Halberstadt(BB 1973,1444), die Meinung vertritt, gemäß §102 VI ersetze der Spruch der Einigungsstelle nicht die nach Satz 1 derselben Bestimmung erforderliche Zustimmung, sondern entscheide nur über die "Berechtigung", so ist dies nur der Fall, wenn die Betriebspartner das Zustimmungserfordernis des BRates an bestimmte normative Tatbestände gebunden haben. Dies ist aber nicht der Fall, wenn die Zustimmung des BRates an keinen normativen Tatbeständen zu messen ist.

91) Siehe dazu S.48 Fn.82

der bisherigen Tarifpraxis klar hervorgeht.
Das Zustimmungserfordernis verlöre nach der Richardischen Auffassung seinen wesentlichen Inhalt.
Wie Gumpert[92] mit Recht feststellt, muß die Kündigung unwirksam sein, wenn die Vereinbarung, wonach die Kündigung der Zustimmung des BRates bedarf, einen rechtlichen Sinn haben soll, falls die Zustimmung des BRates fehlt und auch nicht durch die vereinbarte Übergeordnete Stelle ausgesprochen wird.
Daß der Gesetzgeber das in § 102 VI BetrVG ausgedrückte Zustimmungserfordernis auch als einen ungebundenen Ermessensspielraum auffaßt, resultiert außerdem daraus, daß § 102 VI eine Einigungsstelle vorsieht. Hat der Gesetzgeber den Fällen Rechnung getragen, die in der Tarifpraxis erscheinen, so hat er an erster Stelle an ein in freiem Ermessensspielraum liegendes Mitb-Recht gedacht.[93]
Angesichts der Tatsache, daß die ArbGerichte nur Rechtsfragen entscheiden, hat sich der Gesetzgeber angehalten gesehen, die Einigungsstelle zu errichten, um die aus dem vollen Mitb-Recht entstehenden Regelungensstreitigkeiten beilegen zu lassen.
Schluß : § 102 VI BetrVG hat das Zustimmungserfordernis des BRates im Falle eines vollen Mitb-Rechts zu einer Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung erhoben.
Eine Folge dieser Annahme ist, daß bei Versagen des Brates die Einigungsstelle bindend entscheidet, weil eine Regelungsfrage vorliegt. Der Spruch der Einigungsstelle unterliegt daher nur einer Rechtskontrolle, soweit er Rechtsfehler aufweist oder den Ermessensspielraum überschreitet (§ 76 V Satz 4 BetrVG). Eine Kontrolle der Richtigkeit und der Zweckmäßigkeit findet nicht statt.[94]
Ist aber das Zustimmungserfordernis des BRates an bestimmte normative Tatbestände gebunden, so ist eine Rechtskontrolle in vollem Umfang statthaft. Das ArbGericht kann dann den Spruch ersetzen.

---

92) Gumpert BB 1972,48(II 3)
93) So ausdrücklich das BAG AP Nr.14 Blatt 3 Rücks. zu §626 BGB, siehe das Zitat hier S.48 Fn.86.
94) Dütz, Gerichtliche Überprüfung S.96ff(97,98)

d) Verstößt der bindende Spruch der Einigungsstelle gegen das Recht des ArbG, die Berechtigung der von ihm ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung gerichtlich klären zu lassen.

Ein bindender Spruch der Einigungsstelle, wie dies beim universellen Zustimmungsrecht der Fall ist, hindere den Gesetzgeber daran, beim ArbGericht die Berechtigung der von ihm ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung, schließlich auch die Berechtigung des Widerspruchs klären zu lassen, so lautet der Beschluß des BAG.[95)]
Der Beschluß betrifft zunächst nur die außerordentliche, ist aber auch für die ordentliche Kündigung von Bedeutung.

Obwohl die Argumentation beachtenswert und eindrucksvoll klingt,geht die Entscheidung nicht von richtigen Voraussetzungen aus und steht zumindest mit der Neuerung des §102 VI BetrVG nicht in Einklang.
Um die Berechtigung der Kündigung beim ArbGericht klären zu lassen, muß der ArbG zuvor die Kündigung wirksam ausgesprochen haben. Eine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigungserklärung ist aber nach der BV die Zustimmung des BRates bzw der Einigungsstelle, so daß die Berechtigung des ArbG am Fehlen dieser vereinbarten Voraussetzung scheitert.
Was die Berechtigung des Widerspruchs angeht, ist zu bemerken daß davon nur dann gesprochen werden kann, wenn normativ festgesetzte Tatbestände vorhanden sind, an denen die Zustimmung des BRates gebunden ist. Ist aber das Zustimmungserfordernis im freien Ermessen eingeräumt, so trifft der Einwand nicht mehr zu.
Hier ist nicht zu verkennen, daß durch §102 VI die Möglchkeit eröffnet wird, durch BV dem ArbG das absolute Gestaltungsrecht auf Vertragslösung praktisch zu nehmen.[96)]
Der Gesetzgeber hat einen solchen Schritt bislang im öffentlichen Dienst an den Tag gelegt.[97)] So gibt es ein unbeding-

95) BAG Beschluß v.11.7.1958=BB 1958,912;siehe auch Halberstadt BB 1973,1446(unter Nr.4)
96) Halberstadt,BB 1973,1443(unter Nr.2. 1 l.Sp.)
97) Siehe dazu ausführlich Halberstadt aaO

tes Zustimmungsrecht bei Kündigungen von ArbN nach § 64 I Nr.2g des hessischen PersVG und nach § 69 Nr.6 des Berliner PersVG:Bei Nichteinigung entscheidet die Einigungsstelle.
Hier hat der Gesetzgeber diese Möglichkeit den Betriebspartnern überlassen.[98)]
Die dargelegte Entwicklung stellt kein der übrigen Kollektivordnung fremdes Element dar. Von einem Kündigungsrecht des ArbG kann,zumindest theoretisch, solange gesprochen werden, als sein Recht an bestimmten normativ festgelegten Tatbeständen scheitert. Je mehr aber die Widerspruchsgründe sich erweitern, desto schwächer wird praktisch sein Kündigungsrecht. Wird die Wirksamkeit der Kündigung von der freien Zustimmung des BRates abhängig, so kann nicht mehr von einem eigenen Kündigungsrecht des ArbG sprechen. Dies gehört dem ArbG und dem BRat gemeinsam und bei Nichteinigung der Einigungsstelle.
In der Rechtsprechung hat der Grundsatz der Vertragsfreiheit,[99)] auf dem gerade diese Entwicklung beruht, im Streit auch über das grundgesetzliche Gleichheitsgebot gesiegt, und zwar im Bereich des Kündigungsrechts.[100)] Bei einem wilden Streik in einer Textilfirma hat das BAG[1)] dem ArbG das Recht zugebilligt, unter denjenigen, die in gleicher Weise die Vertragspflichten verletzt hatten,eine Arbeiterin durch Entlassung zu maßregeln.
Daß auch hier der Vertragsfreiheit der Vorrang einzuräumen ist, wird ebenfalls durch die Feststellung unterstützt,daß bei Gestaltungsrechten,anders als bei der Erfüllung von Ansprüchen, der Gleichhandlungsgrundsatz[2)] nach h. Meinung nicht gilt.
Angesichts der für die Gestaltungsrechte ausschlaggebenden

---

98) Zum Verhältnis zwischen Kollektiv-und Individualrecht vgl Halberstadt/Zander,Handbuch zum BetrVerf-RechtRn468,536
99) Siehe Schaub,Arbeitsrecht,Handbuch 1972, § 112 III 5.
100) Siehe dazu BAG in der Entscheidung v.28.2.1958=AP Nr.1 zu §14 AZO=AuR 1958,378f(381);zustimmend BAG AP Nr.41 Blatt 3 zu Art.9 GG;Hueck-Nipperdey,aaO I §48 a V 2; Nikisch, Lehrbuch I §37 III 3.
1) BAG AP Nr.21 zu Art. 9 GG Arbeitskampf=BB 1970,126.
2) Schaub,aaO § 128 II 2.

Bedeutung der Vertragsfreiheit ist es kaum ersichtlich, warum der ArbG im Rahmen der Vertragsfreiheit nicht berechtigt ist, auf weitere Verfolgung der beabsichtigten Maßnahme gegenüber dem ArbN auch vor Gericht verzichten zu können.[3)]

Solange die vorgebrachten Argumente die ordentliche Kündigung betreffen, scheint die Literatur über die Priorität der Vertragsfreiheit überwiegend einverstanden zu sein.

Die Rechtslage sieht schwieriger aus, sobald die ausgeführte Argumentation auch auf die außerordentliche Kündigung Geltung beansprucht.

e) Vereinbarkeit zwischen dem vollen Mitb-Recht des BRates und § 626 BGB.

Die Befugnis zur außerordentlichen Kündigung sei unverzichtbar, so lautet die überwiegende Meinung.

Das BAG[4)] hat bezüglich dieser Frage erklärt, daß bei Existenz einer unabhängigen Schiedsstelle, wie es bei der Einigungsstelle der Fall ist, nicht angenommen werden könne, daß in diesem Fall die Gefahr einer Vereitelung des Rechts des ArbG zur fristlosen Kündigung bestehe. Es sei von der Einigungsstelle zu erwarten, daß sie den schutzwürdigen Belangen des ArbG ausreichend Rechnung trage.

Dem ist von Bötticher entgegengehalten, daß "die materielle Unverzichtbarkeit eines Rechts nichts zu tun hat mit der Qualität der die Ausübung dieses Rechts kontrollierenden Stelle".[5)]

Durch diese Argumentation versucht aber Bötticher, Grundsätze, die im Individualrecht gelten, auf die Kollektivordnung unverändert zu übertragen. Dies ist unzutreffend. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung ist nicht nur

---

3) Zustimmend Halberstadt BB 1973,1443(r.Sp.);zum möglichen Verzicht auf Rechte durch Kollektivvereinbarung vgl LAG Berlin Entscheidung v.18.3.1964=BB 1965,114;LAG Düsseldorf,Entschluß v.20.3.1970=BUV 1971,139.

4) BAG AP Nr.14 Blatt 3(erste Seite) zu § 626 BGB

5) Siehe Böttichers Anmerkung auf der obigen in Fn 4 zitierten Entscheidung (Blatt 4 erste Seite).

von einem wichtigen Grund abhängig.Es wird mit dem Grungedanken gerechtfertigt,daß, bei Vorliegen von Tatsachen, die die weitere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Abwägung der beiderseitigen Interessen wirtschaftlich unzumutbar machen, die Vertragslösung zu ermöglichen ist.[6)]

Ist im Individualarbeitsrecht diese Interessenabwägung eines von mehreren mitspielenden Momenten, so gewinnt sie im Kollektivrecht auschlaggebendes Gewicht.

Im Kollektivarbeitsrecht geht es nicht um den Persönlichkeitsschutz des ArbG. Es geht um die wirtschaftliche Belastung, die die Weiterbeschäftigung des ArbN für den ArbG mit sich bringt.

Wenn es aber beim Recht zur außerordentlichen Kündigung letzten Endes auf eine Interessebabwägung ankommt, so spricht dies nicht dafür, wie Bötticher meint, daß die materielle Unverzichtbarkeit mit der Qualität der kontrollierenden Stelle nichts zu tun hat. Umgekehrt:Die Unverzichtbarkeit verliert ihre Geltung, sobald die Abwägung von wirtschaftlichen Interessen im Mittelpunkt steht.

Hier geht es darum, ob die aus bestimmten Tatsachen potentiell resultierenden Konsequenzen die wirtschaftlichen Belange des ArbG unzumutbar belasten. Diese Interessenabwägung, die an objektive Maßstäbe gebunden sein muß, kann auch von einer dritten unabhängigen Schiedsstelle erfolgen.Das Gesetz geht bei der Einigungsstelle von der durch die langjährige Erfahrung verifizierten Feststellung aus, daß sie imstande ist, eine solche Interessenabwägung vorzunehmen, ohne Extremsituationen auszulösen.Dies garantiert die Zusammensetzung und die Qualifikation der Mitglieder der Einigungsstelle.

Daß das Recht zur außerordentlichen Kündigung im Kollektivrecht zurücktreten kann, ist im Arbeitskampf anerkannt.[7)]

---

6) Siehe dazu Palandt,Bürgerliches Gesetzbuch zu § 626 Anm.4 a),c),d)(32.Aufl.)

7) BAGE 1,291ff(308)=BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

Einen zweiten, nicht soweit gehenden Schritt stellt § 103 BetrVG dar, wonach der ArbG für die außerordentliche Kündigung auch die Zustimmung des BRates einholen muß. § 102 VI betrifft auch eine Erscheinung des Kollektivrechts.Man kann also mit dem BAG darin übereinstimmen, daß die außerordentliche Kündigung wirksam an die Zustimmung des BRates gebunden sein kann,wenn nur die Einigungsstelle bei Nichteinigung entscheidet.[8)]

f) Kann das Zustimmungserfordernis des BRates durch TV vereinbart werden ?

§ 102 VI BetrVG sieht ausdrücklich nur BV vor. Die meisten Autoren bekennen sich zu einer restriktiven Auslegung. Im Hindergrund steht immer die Furcht, daß bei Ausdehnung der in §102 VI enthaltenen Möglichkeit auf TVe die Erweiterung automatisch erstreikt werden kann.[9)]

1) Es ist an anderer Stelle dargelegt, daß die in §1 TVG festgesetzte Regelungszuständigkeit der Tarifparteien nicht mit der Sorge vor Arbeitskämpfen beseitigt werden kann.[10)] Durch die Ermächtigung zu BV bei Kündigungen ist die in TVG festgesetzte Zuständigkeit der Tarifparteien, betriebsverfssungsrechtliche Fragen zu regeln, weder aufgehoben noch geschwächt,weil die rechtliche Grundlage für TV und BV nicht identisch ist.[11)] Durch § 102 VI ist die notwendige rechtliche Grundlage geliefert, damit BVen zwischen Betriebspartnern abgeschlossen werden können.

2) Die Begründung[12)] des RegE zu § 102 VI hat Ansätze zu

---

8) Zustimmend Fitting-Auffarth-Kaiser,BetrVG Komm.11.Aufl. § 102 Anm.25.Halberstadt BB 1973,1446(r.Sp.),1447(l.Sp)

10) So Säcker,ZFA,1972 Sonderheft S.46; Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese,aaO Vorbem.§92 Anm.19; Biedenkopf,Grenzen zen der Tarifautonomie S.214ff311ff;Krüger,Verh.des 46. DJT Bd I/1 1966 S.11,75f;Gamillscheg, Arbeitsrechtliche Rechtsfälle in Frage und Antwort 2.Aufl. 1970 S.388; Reuß, AuR 1968,164,anders noch ders.in AuR 1958,330.

10) Siehe dazu S.16 f mwN.

11) Zum Unterschied zwichen TV und BV, was die rechtliche Grundlage betrifft, siehe Seite 10 mit der Fn.35ebenda. Hier ist es notwendig, zu betonen,daß,während die BV immer einer speziellen Ermächtigung im BetrVG bedarf, die tarifliche Norm ihre Geltung vom TVG bezieht.

12) BT-Drucks.VI/1786 S.52

einer solchen Auslegung erblicken lassen.Hier steht wortwörtlich:"Abs.6 läßt die bisher schon in einzelnen Betrieben geübte Praxis, durch freiwillige BVen dem BRat ein volles Mitb-Recht bei Kündigungen einzuräumen,ausdrücklich zu".Legt man dieser Begründung Gewicht bei, so kann man daraus positive Anhaltspunkte für eine Anwendung von §102 VI auch auf TV entnehmen: a)Der Begründung nach ist Ziel der Festsetzung von § 102 VI die Rücksichtnahme auf die bisher geübte Praxis. Die bisherige Praxis hat sich aber nicht nur auf BV, sondern auch auf TV erstreckt.[13])Daraus, daß bei Anordnung § 102 VI die bisher geübte Praxis entscheidende Rolle gespielt hat, resultiert mittelbar das Zugeständnis des Gesetzgebers, daß im Kollektivrecht der Wille der Sozialpartner vor den des staatlichen Gesetzgebers geht. Ihnen steht der Weg zur Experimentierung frei.Schluß: Das Zustimmungserfordernis des BRates kann durch TV vereinbart werden.[14])

---

13) Siehe dazu LAG Berlin SAE 1965,12ff;BAG AP Nr.1 zu §184, wo ausdrücklich auf TV Bezug genommen wird.

14) a) Fürdie Zulässigkeit der Zustimmung des BRates bei ordentlicher Kündigung sind:Fitting-Auffarth-Kaiser aaO §102 Anm 26a;Brecht,aaO §102 Anm.12;Däubler aaO S.375;Hanau RdA 1973,293, der aus der ausdrücklichen Zulassung des TV in §99 II Satz 1 die Zulässigkeit des TV auf §102 deduziert; Gnade-Kehrmann-Schneider aaO §102 Rn.26 und Halberstadt, Die Mitwirkung und Mitbestimmung des ArbN 1972,§3 Rn.1, die jedenfalls einen Gegenschluß aus § 102 VI BetrVG ablehnen,der zweite sogar deutlicher;Biedenkopf,aaO S.296, mit einer Zurückhaltung,was die Erstreikbarkeit angeht; Fabrikius,ZStW 111,370;Fahrtmann,Mitb-Gespr.1965,27; Fitting-Krägeloh-Auffarth,aaO §66 Rn.19;Hueck,BB 1952,925f (928)wo er über jeden anderen die tarifliche Zulässigkeit auch durch Streik bejaht;Monjau DB 1967,205;
Anderer Meinung: Dietz-Richardi aaO §102 Anm.126;Stege-Weinspach,BetrVG 1972,Handbuch für die btriebl.Praxis S. 382;Hueck-Nipperdey aaO II/2 S.1454;Dietz aaO §66 Rn.12 Galperin-Siebert,BetrVG Komm.§66 Rn.38;Neumann-Duesberg aaO S.579;Richardi,Kollektivgewalt S.262ff; Differierend G.Müller RdA 1969,232(Mitberatung ja,Mitbestimmung nein).

b) Bei außerordentlicher Kündigung ist die Situation viel kontroverser vgl BAG AP Nr.14 zu §626BGB mit ablehnender Anm.Böttichers;BAG AP Nr.27 zu §626BGB=BB1958, 912 mit Anm. Hilger.
Für die Zulässigkeit sind:Meissinger,BetrVG §66 Anm.3; Schlessmann RdA 1952,170;Spieker Mitb-Gespr.1962,206;
Dagegen sind:Dietz,aaO §66 Rn.12d;Hueck DB 1967,206;Neumann-Duesberg,aaO S.579; Fitting-Krägeloh-Auffarth,aaO §66 Rn.20 vertraten eine Mttelmeinung,daß die Zustimmung des BRtes nur bei relativer Unzumutbarkeit(bestimmte Tatbestände) herangezogen werden könnte;

Die Literatur[15] beschäftigt sich besonders mit der Frage, ob die in § 102 VI gegebene Regelung die äußerste Grenze oder die einzige Möglichkeit darstellt, nämlich

1) ob die Betriebs-bzw. Tarifpartner durch Kollektivvereinbarung auch gleichzeitig die Befugnis der Einigungsstelle mitvereinbaren müssen oder

2) ob sie zulässigerweise vereinbaren können, daß nicht die Einigungsstelle, sondern eine andere Instanz, zB das ArbGericht die Nichteinigung ersetzen kann oder schließlich

3) ob keine Instanz die Nichteinigung ersetzen kann.

In Bezug auf die Fälle unter Nr.1 und 2 weist die Frage keine großen Schwirigkeiten auf, wenn das Zustimmungserfordernis des BRates an bestimmte Widerspruchsgründe gebunden ist. Dann kann man den Standpunkt vertreten, daß die Betriebspartner statt der Einigungsstelle auch das ArbGericht anrufen können. Dies gilt um so mehr als es hierbei um eine Rechtsfrage geht und, wenn auch nur die Einigungsstelle vereinbart ist, jeder Betriebspartner, der sich mit dem Spruch der Einigungsstelle nicht zufrieden gibt, sowieso anschließend das ArbGericht anrufen kann.

Ist aber das Zustimmungserfordernis nicht an bestimmte normative Tatbestände gebunden, dann ist die Rechtslge schwieriger.

§ 102 VI BetrVG will durch die Einigungsstelle derjenigen Mitbestimmungsform Realisierung verschaffen, in der das ArbGericht nach der ganzen Konzeption des BetrVG nicht berufen ist, die daraus entstehenden Streitigkeiten beizulegen. Dies ist, wie dargelegt, der Fall, wenn dem BRat ein volles Mitb-Recht zusteht.

§ 102 VI will aber nicht Zwischenabstufungen der Mitbestimmungsaktivität des BRates ausschließen.[16] Eine solche Abstufung stellt der Fall dar, wenn bei Versagen des

---

15) Siehe dazu Halberstadt BB 1973,1442 (r.Sp.);Kitzelmann,BUV 1972,222;Gumpert BB 1972,48(unter Nr.II 2)

16) Zustimmend Kitzelmann BUV 1972,222; Halberstadt BB 1973, 1447(r.Sp.unter Nr.6.1); entgegen : Fitting-Auffarth-Kaiser,BetrVG Komm.11.Aufl.§ 102 Anm.25;Adomeit DB 1971,2363; Gumpert BB 1972,48 (unter Nr.II,2)

BRates das ArbGericht unmittelbar entscheidet.[17]
Diese Mitbestimmungsform ist zwar gegenüber der gesetzlich in § 102 III fixierten, die die Wirksamkeit der Kündigung nicht behindert, stärker, weil hier der ArbG zur Wirksamkeit der Kündigung auch die Zustimmung des ArbGerichts einholen muß.
Sie ist aber gegenüber dem Fall,in dem der Spruch der Einigungsstelle die Nichteinigung der Betriebspartner ersetzt, schwächer.Denn, während sie nur einen zusätzlichen b betriebsverfassungsrechtlichen Kündigungsschutz mit sich bringt,sonst das ArbGericht die Rechtmäßigkeit der Kündigung wieder auf das gesetzliche Kündigungsrecht hin zu prüfen hat-,nimmt die Einigungsstelle eine Interessenabwägung vor.Da § 102 VI die Regelung derjenigen Fälle vor Augen hat,bei denen sich das volle Mitb-Recht realisiert und infolgedessen Interessenabwägungen stattfinden,müssen die Betriebspartner die unmittelbare Anrufung des ArbGerichts ausdrücklich vorgesehen haben.Die Einschaltung des ArbGerichts als Mitbestimmmungsform ist gegenüber der Anrufung der Einigungsstelle klar schwächer. Die gegenteilige Ansicht umgeht § 102 VI, indem sie den Regelfall in eine Ausnahme verwandelt.[18] Haben die Betriebspartner nur das Zustimmungserfordernis vereinbart, so ist im Zweifel die Einigungsstelle anzurufen. Denn der Gesetzgeber hat für den Normalfall der Zustimmung die Einigungsstelle vorgesehen. Er ist mit Recht davon ausgegangen, daß der BRat in seinen nicht juristischen Vorstellungen das Zustimmungserfordernis mit einem vollen Mitb-Recht verbunden.

In Bezug darauf,ob auch keine andere Instanz die fehlende

17) Wenn bei den personellen Einzellmaßnahmen das Zustimmungserfordernis notwendig nur mit der Einigungsstelle verbunden ist, so ist diese unterschiedliche Stellungnahme nur anscheinend:Dort sind die(in §99 II BetrVG) vorgesehenen Widerspruchsgründe Wirksamkeitsvoraussetzung der personellen Einzelmaßnahmen,so daß die im Fall e eines Zustimmungserfordernisses Anrufung des ArbGerichts keine Zwischenschaltung der Mitbestimmung darstellen würde. Das ArbGericht sollte sowieso im Falle eines Versagens des BRates angerufen werden.

18) Halberstadt,BB 1973,1447(r.Sp.) verlangt im Gegenteil die ausdrückliche Regelung für den Fall, daß die Entscheidung der Einigungsstelle die fehlende Zustimmung im vollen Umfang ersetzen soll.

Zustimmung des BRates ersetzen kann, ist folgendes zu bemerken :

Es wird zutreffend von vielen Autoren die Ansicht vertreten, daß die ordentliche Kündigung durch TV auch verboten werden kann.[19] Diese Meinung beruht darauf, daß die Vorschriften über die Form und die Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung zu den materiellen Arbeitsbedingungen gehören[20], die in den Bereich der sozialen Angelegenheiten fallen. Sie können deshalb durch TV und, unter den Beschränkungen des § 77 III BetrVG (entsprechend §57BetrVG) auch durch BV geregelt werden.

Wenn aber der TV oder die BV die ordentliche Kündigung ganz ausschließen kann, dann muß die weniger einschneidende Form akzeptiert werden, wonach die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung an die nicht ersetzbare Zustimmung des BRates gebunden sein kann.

Kann diese nicht ersetzbare Zustimmungsform für alle ArbN vereinbart werden?

Die Autoren[21], die ein Kündigungsverbot für zulässig halten, haben ihre zustimmende Stellungnahme mit der Einschränkung verbunden, daß nicht für alle, sondern nur für bestimmte Arten von ArbN die ordentliche Kündigung verboten oder an die Zustimmung des BRates gebunden werden kann, ohne aber dieser Einschränkung eine spezielle rechtliche Grundlage zugrundezulegen.[22]

Nur Richardi[23] stellt den Grundsatz auf, daß solche Vereinbarungen nur für die Arbeitsverhältnisse der beiderseitig Tarifgebundenen gelten können.

Obwohl diese Begründung allgemein richtig ist, trifft sie speziell hier nicht zu.

Soll das Erfordenis der Tarifgebundenheit einen materiell richtigen Sinn behalten, so liegt er in der Nichtbelastung

---

19) Neumann-Duesberg, Lehrbuch des Betriebsverfassungsrechts S.579; Nikisch RdA 1964, 305ff(309); Hueck-Nipperdey, aaO II/1 S.281; Richardi, Kollektivgewalt S.261,262; Müller RdA 1969, 227ff(232)

20) Dies ist die ausdrückliche Meinung des BAG in BAG AP.Nr.5 Blatt 2 Rücks. zu § 57 BetrVG.

21) Neumann-Duesberg vertritt die Ansicht, daß, wenn alle Kündigungen verboten oder von der Zustimmung des BRates abhängig sind, eine zu weit gehende Knebelung des ArbG einträte. Dies hat aber mit der Unternehmerfreiheit zu tun, die, wie später dargelegt werden soll(S.128) kein Hindernis darstellt.

22) Richardi, aaO S.261

der Außerseiter durch eine nicht von ihnen legitimierte Stelle. Da hier aber keine Belastung sondern nur Vorteile entstehen können, steht konsequenterweise einer Ausdehnung des Kündigungsverbots oder der Zustimmung des BRates auf die Nichttarifgebundenen nichts im Wege. Andernfalls würde sich hier das Erfordernis der Tarifgebundenheit nicht zugunsten der außenstehenden ArbN, sonnur zugunsten des ArbG auswirken.
Für die hier vetretene Auslegung spricht zusätzlich der Gleichbehandlungsgrundsatz(§75 BetrVG) und die Tatsache, daß der BRat von der ganzen Belegschaft legitimiert ist.[23)]

Für die außerordentliche Kündigung gelten aber weder die nicht ersetzbare Zustimmung noch in größerem Maße das Kündigungsverbot. Hier ist die Überlegung ausschlaggebend, daß bei nicht ersetzbarer Zustimmung des BRates eine unzumutbare Einschränkung der Befugnis zur außerordentlichen Kündigung vorliegt,weil die erforderliche Interessenabwägung der Einigungsstelle nicht mehr gewährleistet ist.

Zusammenfassung: Der anfangs gestellte Fragenkomplex läßt sich so beantworten:

a) Durch BV oder TV kann statt der Einigungsstelle das ArbGericht angerufen werden. Dies muß aber ausdrücklich vereinbart sein.Ist nur das Zustimmungserfordernis vereinbart, so ist die Einigungsstelle zuständig. Die Tarifpartner können auch eine Tarifstelle vorsehen.
b) Durch TV oder BV kann die ordentliche Kündigung für alle ArbN verboten oder an die Zustimmung des BRates gebunden sein.Dies gilt nicht für die außerordentliche Kündigung.

---

23) Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen Hueck-Nipperdey, wenn sie dahingehend Stellung beziehen,daß nicht nur die betriebsverfassungsrechtlichen, sondern auch die Inhalts-und Abschlußnormen eines TV für alle ArbN gelten, wenn nur der ArbG tarifgebunden ist,siehe Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S. 1297; zustimmend BAG AP Nr.11 zu § 4 TVG Ordnungsprinzip.

h) § 103 BetrVG und tarifliche Gestaltungsmöglichkeiten.

Gumpert hat folgende Frage gestellt:[24]
Können die Betriebspartner vereinbaren, daß bei außerordentlicher Kündigung von Mitgliedern der Betriebsvtretungen anstelle des ArbGerichts (§ 103 BetrVG) die Einigungsstelle die fehlende Zustimmung des BRates ersetzt ?
Er glaubt das nicht annehmen zu können.
Diese Antwort scheint, unzutreffend zu sein.
§ 103 BetrVG beabsichtigt,den Mitgliedern den Betriebsvertretungen einen gegenüber den übrigen ArbN stärkeren Schutz zu gewähren. Der ArbG muß im Gegensatz zu § 102 III BetrVG zur Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung bei Versagen des BRates auch die Zustimmung des ArbGerichts einholen. Dieser Schutz ist aber gegenüber dem durch §102 VI BetrVG gewährten erheblich schwächer, weil das ArbGericht auf die Feststellung des wichtigen Grundes gemäß § 626 BGB abstellen muß, während die Einigungsstelle des § 102 VI ihrer Entscheidung eine Interessenabwägung zugrundelegt. § 103 bringt übrigens zum Ausdruck nur, was ex lege gewollt und fixiert ist, falls durch Kollektivvereinbarung kein größerer Schutz existiert. Er zielt nicht darauf, den Schutz der Mitglieder der Betriebsvertretungen zu limitieren. Andernfalls könnte der Schutz des ArbN, der keiner Betriebsvertretung angehört, gemäß § 102 VI stärker ausgestaltet sein,als dies für die unter §103 fallenden Personen gilt, die nach Auffassung des Gesetzgebers schutzwürdiger sind.
Das Argument von Halberstadt[25], das Mitglied der Betriebsvertretung könne in dieser Weise genötigt sein, die Unwirksamkeit der Kündigung selbst gerichtlich zu verfolgen, kann nicht ausschlaggebend sein.Bevor der BRat seine Zustimmung ausgesprochen hat, ist die Kündigungserklärung des ArbG unwirksam, so daß das Mizglied der Betriebsvertretung nicht gerichtlich vorzugehen braucht, Im übrigen kann hier nur

24) Gumpert BB 1972,48(unter Nr.II,4)
25) Halberstadt BB 1973,1447(l.Sp.)

die Feststellung ins Gewicht fallen, auf Grund welcher Vorschrift(gemäß §103 oder §102 VI BetrVG) der Betroffene vom materiellen Recht her die größeren Chancen hat, seinen Platz beizubehalten.Dies ist deutlich der Fall bei einem Verfahren vor der Einigungsstelle, die auf Grund einer Interessenabwägung,nicht gemäß § 626 BGB entscheidet.

Nicht haltbar scheint auch das Argument,[26] daß der Weg zum ArbGericht letzlich offenzuhalten sei, damit das Gericht das Vorliegen des wichtigen Grundes überprüfen könne.

Ist das Zustimmungserfordernis und die Einigungsstelle auch für die außerordentliche Kündigung vereinbart, so verläßt man den Boden des wichtigen Grundes und stellt nur auf die Interessenabwägung ab.[27] Andernfalls verlöre das Zustimmungserfordernis und die Einigungsstelle ihr größtes Verdienst und reduzierte den Schutz der den Betriebsvertretungen angehörenden ArbN zwingend nur auf den betriebsverfassungsrechtlichen Kündigungsschutz des § 103. Das könnte auch nicht im Dienst der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen ArbG und BRat sein , weil auf diese Weise das Zustimmungserfordernis auf dem Umwege seines Inhalts beraubt wäre.

i) Besteht das Weiterbeschäftigungsrecht des ArbN,falls eine Kollektivvereinbarung die Kündigung von der Zustimmung des BRates abhängig macht ?

Fitting-Auffarth[28] vertreten die Ansicht, daß, wenn eine derartige BV bestehe,der Widerspruch des BRates gemäß § 102 III und eine Weiterbeschäftigung nach § 102 V entfalle.

Halberstadt[29] meint, daß eine Vereinbarung diese Möglichkeit des ArbN auf Weiterbeschäftigung nicht ausschließen dürfe.

---

26)Kitzelmann,BUV 1972,220
27)Siehe über die Interessenabwägung ausführlich S.53,54,55.
28)Fitting-Auffarth-Kaiser,BetrVG Komm.11.Aufl.§ 102 Anm.25a.
29)Halberstadt,BB 1973,1445(r.Sp.)und 1446(l.Sp.)

Die gegebenen Antworten sind verwirrend und unzutreffend. Bei der gesetzlichen Regelung in §102 III BetrVG ist die Kündigung bei Widerspruch des BRates wirksam,kann aber angefochten werden. Das Recht des ArbN auf Weiterbeschäftigung gemäß §102 V, wenn auch die anderen dort angeführten Voraussetzungen vorliegen,hat freilich eine Bedeutung,weil das Arbeitsverhältnis durch die Kündigungserklärung des ArbG allein aufgelöst ist. Ist aber die Kündigung(ordentliche oder außerordentliche) von der(gebundenen oder nicht gebundenen) Zustimmung des BRates abhängig, dann kann der ArbG bei Versagen des BRates und der Einigungsstelle überhaupt nicht wirksam kündigen.
Eine trotzdem ausgesprochene Kündigung ist nichtig, nicht einfach anfechtbar und bringt als solche keine lösenden Wirkungen hervor. Der ArbN braucht keinen Antrag auf Weiterbeschäftigung zu stellen, weil das Arbeitsverhältnis weiter existiert.

j) Weitere Anwendungs-und Konkretisierungsmöglichkeiten.

Bis zu der im Gesetz bezeichneten Marke der vollen Mitbestimmung müssen alle dem Gesetz nicht widersprechenden Inhalte einer BV oder eines TV zulässig sein und zwar :

1) Weitere Widerspruchsgründe über die in § 102 III genannten hinaus. Diese können aber nicht, wie die in § 102 III festgesetzten Gründe, nur im Kündigungsschutzprozeß ihre Wirksamkeit entfalten, sondern darüber hinaus als Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung vereinbart werden.
2) Konkretisierung der in § 102 III genannten Widerspruchsgründe(etwa Richtlinien nach §95 BetrVG,zumutbare Fortbildungsmaßnahmen).[30]
3) Einbeziehung im Mitbestimmungsprozeß auch derjenigen ArbN, die nicht länger als sechs Monate ununterbrochen im Betrieb beschäftigt waren und gemäß § 1 KSchG keine Kündigungsschutzklage erheben können.[31]

Sie können dann auch keinen Weiterbeschäftigungsanspruch

30) Halberstadt BB 1973,1442(r.Sp.)
31) Halberstadt aaO S.1446(l.Sp.)

gemäß § 102 V BetrVG haben, weil er nur in der Kündigungsschutzklage wirksam wird,zu der sie aber, wie dargelegt, nicht berechtigt sind.
Sie können sich nur mit den Gründen des BGB wehren.
Eben weil solche sich aus dem bürgerlichen Recht ergebenden Gründe,zB Verstöße gegen ein gesetzliches Gebot(§ 134 BGB), Sittenwidrigkeit(§138 BGB),Verstoß gegen Treu und Glauben(§ 242BGB), außerordentlich schwer nachweibar sind, bietet sich den Betriebs-bzw Tarifpartnern in Nutzung ihrer Vertragsfreiheit an, zu vereinbaren,daß auch für diese ArbN ein Mitbestimmungsschutz besteht.[32)]
Für eine anstehende Kündigung können sie vereinbaren :

a) Daß sie sich an ein Mitbestimmungserfordernis gemäß 102 II BetrVG bindend halten.

b) Daß der ArbN, im Falle eines Kündigungsstreits nach BGB bis zu einer rechtlichen Klärung weiter beschäftigt wird. Diese Möglichkeit kann natürlich nur als eine direkte Verpflichtung des ArbG vorgesehen werden, weil eine Geltendmachung im arbeitsrechtlichen Prozeß nach dem Gesetz nicht in Betracht kommt.

c) Daß sie ein Zustimmunngserfordernis des BRates nach § 102 VI BetrVG einführen und anschließend die Einigungsstelle anrufen. Dann braucht der ArbN im Falle eines Kündigungsstreits auch keinen Weiterbeschäftigungsantrag zu stellen, weil die Wirksamkeit der Kündigung von der Zustimmung des BRates bzw der Einigungsstelle abhängt.

4) Das Zustimmungserfordernis kann lediglich für bestimmte Arbeitnehmergruppen oder bestimmten Arten von Kündigungen vereinbart werden.[33)] Zulässig ist also , die Erweiterung der Mitbestimmung zu dosieren,zB nur die außerordentliche Kündigung der Zustimmung des BRates zu unterwerfen oder nach Alter, Dauer, Betriebszugehörigkeit zu differenzieren.[34)]

---

32) Halberstadt BB1973,1446(l.Sp.)
33) Siehe dazu Fitting-Auffarth-Kaiser,BetrVG Komm.11.Aufl. § 102 Anm.25.
34) Adomeit DB 1971,2363.

Der TV oder die BV können auch ganz oder teilweise andere Maßstäbe als § 102 III BetrVG für die Zulässigkeit einer Kündigung setzen, die aber den Grundgedanken der §§ 2 I, 75 und 76 V BetrVG zu berücksichtigen haben. Insbesondere ist die Festlegung längerer Kündigungsfristen von Bedeutung.[35] Die BV darf aber in eine etwa schon erworbene einzelvertragliche Rechtsposition-Unmöglichkeit der ordentlichen Kündigung- nicht eingreifen,[36] auch nicht die Tatbestände für eine außerordentliche Kündigung über das Gesetz hinaus(§ 626 BGB) erweitern.

5) Die Tarif-bzw Betriebspartner können auch-und dies ist wichtig- über die Bewertung eines Geschehens als wichtigen Grundes Abmachungen treffen.Sie können zB alle Kündigungsgründe abschließend aufzählen. Auf diese Weise können alle Tatbestände, die als nicht ausreichend qualifiziert werden, auch der nicht ersetzbaren Zustimmung des BRates unterstellt werden. Wie weit sie reichen, läßt sich nicht abstrakt bestimmen, doch können Verstöße gegen rechtspolitisch umstrittene oder in der Vergangenheit nicht anerkannte Normen, wie die absolute Friedenspflicht, schwerlich als unabdingbarer Kündigungsgrund betrachtet werden.[37]

6. Erweiterung der Betribsratbefugnisse in wirtschaftlichen Angelegenheiten.

Bezüglich der Erweiterungsmöglichkeiten in wirtschaftlichen Angelegenheiten hat die Literatur[38] überwiegend

35) Fitting-Auffarth-Kaiser,aaO §102 Anm.25a
36) BAG AP Nr. 11 zu §4 TVG,Günstigkeitsprinzip.
37) Dies ist die ausdrückliche Meinung von Däubler,aaO S.376.
38) a) Im alten Recht sind:
ablehnend:Dietz aaO §2 Rn 19,Vorbem.§49 Rn.39;Fabrikius ZStW 111,357;Galperin,aaO §75 Rn.4;Hueck-Nipperdey aaO II/1 S.297,II/2 S.1484;Siebert BB 1958,423;Nikisch,RdA 1964,309;ders.Lehrbuch III S.360; Richardi,aaO S.265; Neumann-Duesberg,Grundrechte III/1 S.405;ders.Handbuch des Betriebsverf-Rechts, S.599;
Bejahend:Biedenkopf,Die Grenzen der Tarifautonomie S.288 mit dem Vorbehalt der Nichterstreikbarkeit;Fitting-Krägeloh-Auffarth,BetrVG,Komm.9.Aufl.§75 Rn.4;Freund Karl-Helmut,Die Mitbestimmung des BRates in wirtschaftl.Angelegenheiten,S.121ff(mit dem Vorbehalt der Nichterstreikbarkeit);A.Hueck BB1952,928;Hueck-Nipperdey-StahlhackeTVG Komm.4.Aufl.§1 Rn.74;Maus,aaO §1 Rn.161;Spieker WWI-Mitt

Fortsetzung auf der nächsten Seite

eine negative Stellung eingenommen, während die Rechtsprechung dazu noch nicht Stellung genommen hat.
Die ablehnende Literatur zeigt in ihrer Argumentation ein gemeisames Merkmal:[39] Sie hält bei Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse in wirtschaftliche Angelegenheiten die Unternehmerfreiheit und in geringerem Maße die Eigentumsgarantie für unzumutbar eingeschränkt.
Ob dies tatsächlich der Fall ist, soll bei der Untersuchung auf Verfassungsebene dargelegt werden.
Was hier, auf der Gesetzesebene, von ausschlaggebender Bedeutung ist, ist die Abgrenzung des Begriffs der betriebsverfassungsrechtlichen Fragen in wirtschaftlichen Angelegenheiten.
Jede unternehmerische Maßnahme vollzieht sich in zwei Richtungen : a)Nach außen wirkt sie sich gegenüber Dritten aus,mit denen das Unternehmen zur Realisierung der unternehmerischen Maßnahme entsprechende Rechtsgeschäfte abschließt zB um eine Rationalisierungsmaßnahme zu verwirklichen oder neue Fertigungsmethoden einzuführen,kauft das Unternehmen neue Maschinen und Produktionsanlagen. b) Nach innen entfalten solche Maßnahmen eine rechtliche Wirkung in dem Sinne, daß die Belegschaftsmitglieder von ihnen positiv oder negativ beeinflußt werden können zB sie können wegen Stillegung eines Zweigbetriebes entlassen, versetzt oder zu Kurzarbeit gezwungen werden.
Was die Außenwirkung betrifft, ist sie vom TV nicht erfaßt, weil es hier nicht um das Verhältnis zwischen ArbG und Belegschaft,sondern um das Verhältnis zwischen dem ArbG in seiner Eigenschaft als Unternehmer und dem Dritten geht.
Die Auswirkungen jedoch die solche Maßnahmen auf die Belegschaftsinteressen haben können ,zB die Entlassungen, die der ArbG zur Ausführung einer Stillegung vornimmt, sind betriebs-

---

Fortsetzung der Fn.38 aus der vorigen Seite
1963,242,ihm folgt Farthmann Mitb-Gespr. 1965,27;differierend Beuthien JurA 1970,145ff; Reuß,Arbeitsrecht Rn 24.
b) Im neuen Recht:
ablehnend:Dietz-Richardi aaO §111 Rn.14 und § 1 Rn 44; Brecht,BetrVG Komm. §1 Rn 32.
Bejahend:Fitting-Auffarth-Kaiser,aaO §111 Rn.9;Däubl. raaOS.378

39) Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S.1484;Neumann-Duesberg,Handbuch des Betriebsverf-Rechts S.599;Nikisch,RdA 1964,309;Galperin DB 1966,625;Bötticher,SAE 1965,16.

verfassungsrechtliche Fragen, weil sie das Verhältnis zwischen ArbG und Belegschaft betreffen und daher gemäß § 1 I TVG durch tarifliche betriebsverfassungsrechtliche Normen geregelt werden können.[40]

Die so gezogenen Grenzen lassen den Tarif-bzw Betriebspartnern folgenden Anwendundsspielraum:

1) Sie können die in § 111 BetrVG enthaltenen Betriebsänderungen bezüglich des Satzes 2 Nr.4 konkretisieren,zB sie können bestimmen welche Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszweckes oder der Betriebsanlage für grundlegend gehalten werden.

2) Obwohl praktisch in § 111 Satz 2 wohl fast alle wesentlichen Fälle aufgezählt sind, ist es den Tarifparteien möglich, unter den Voraussetzungen des Satzes 1 auch außerhalb des Katalogs des Satzes 2 ein Mith-Recht zu begründen[41] zB bei der Aufteilung eines bisher einheitlichen Betriebs oder bei der Aufhebung einer nach § 4 BetrVG selbständigen Betriebsabteilung, Fälle,die nicht zu Nr. 3 zählen.[42]

3) Eine andere denkbare Erweitreung ist der Fall, daß der ArbG den BRat in einem früher festgelegten Zeitpunkt über die Vorplanung unterrichtet und zwar unter Vorlage aller notwendigen Unterlagen.[43]

4) Die stärkste Form der Mitbestimmung kann der Fall darstellen, daß nicht nur der Sozialplan,wie § 112 IV BetrVG anordnet, sondern auch der Interessenausgleich zwischen BRat und Unternehmen durch die Einigungsstelle festgelegt werden. Wenn zB durch Rationalisierungsmaßnahmen wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder ihre

---

40) Über den Begriff der betriebsverfassungsrechtlichen Normen siehe ausführlich S.3 mwN.

41) Zustimmend Fitting-Auffarth-Kaiser,BetrVG Komm.11.Aufl. § 111 Anm9.

42) Zustimmend:Gnade-Kehrmann-Schneider ,BetrVG Komm.§111 Anm.3;Kehrmann-Schneider BlStR 72,63;Rumpf BB 1972,327; Däubler,aaO S.378,379; anderer Meinung Mathes DB 1972, 286;unentschieden Brecht,BetrVG Komm. § 111 Rn.6.

43) Freund Karl-Helmut,Die Mitbestimmung des BRates in wirtschaftlichen Angelegenheiten als Gegenstand tariflicher Abmachungen,Diss.1966 S.128.

Teile entstehen, kann vereinbart werden, daß sie nur im Einvernehmen mit dem BRat durchgeführt werden können.[44] Haben der BRat bzw die Einigungsstelle ihre Zustimmung verweigert, der Unternehmer hat aber trotzdem mit Dritten Rechtsgeschäfte über die Lieferung der dazu notwendigen Betriebsanlagen abgeschlossen dann bleiben die Rechtsgeschäfte mit Dritten wirksam. Die Rationalisierungsmaßnahme kann aber nicht realisiert werden in dem Sinne, daß die Belegschaft davon nicht betroffen wird, zB die ArbN können nicht wirksam entlassen oder anderswie benachteiligt werden. Nach der gesetzlichen Regelung können sie zwar entlassen werden, wenn aber der ArbG vom Interessenausgleich ohne zwingenden Grund abweicht oder wenn er keinen Versuch unternommen hat, können sie Abfindung verlangen (§113 BetrVG)

5) Eine weniger drastische Mitbestimmungsform ist die Vereinbarung, daß, der ArbG, wenn er von einem Interessenausgleich abweicht, unabhängig von einem zwingenden Grund zur Abfindung verpflichtet ist.

6) Schließlich ist unproblematisch die Konkretisierung, wie auch die Erweiterung des Kreises, in dem der Wirtschaftsausschuß mit dem Unternehmer berät. Dazu bietet sich auch der Wortlaut des §106 III Nr.10 an.[45]

7. Zusammenfassung der Ergebnisse des ersten Teils.

Aus dem bisher in den einzelnen Mitbestimmingsgebieten Ausgeführten sind grundsätzlich zwei Ansichten hervorgetreten :

a) Die eine bejaht die Zuständigkeit der Tarifparteien, betriebsverfassungsrechtliche Fragen zu regeln, nur im Rahmen des vom BetrVG ausdrücklich Zugelassenen.

---

44) Einen solchen Sinn hat nach der richtigen Auslegung das Mitb-Recht des BRates im TV zwischen der Gewerkschaft ÖTV und der "Versorgung und Verkehr Kiel GmbH" siehe dazu ausführlich S.24f; als Beispiel dient auch der Vorschlag, den die Gewerkschaft Textilbekleidung für einen TV gemacht hat, siehe dazu Freund Karl-Helmut aaO S.123.

45) Freund Karl-Helmut, aaO S.118.

b) Die überwiegende Meinung in der Literatur und Rechtsprechung bekennt sich aber dazu, daß eine tarifliche Erweiterung der Mitb-Rechte des BRates grundsätzlich zulässig ist. Innerhalb dieser Front variieren dennoch die Auffassungen stark.
Während die einen eine tarifliche Erweiterung nur in sozialen Angelegenheiten akzeptieren, dehnen die anderen die Geltung tariflicher betriebsverfssungsrechtlicher Normen auch auf die personellen und-in geringerem Maße-auf die wirtschaftlichen Angelegenheiten aus.
Nicht weniger unterscheiden sich die Stellungnahmen dadurch, daß die einen von der Erstreikbarkeit der tariflichen Regelung als selbstverständlich ausgehen, während die anderen der Erweiterung eine fakultative Vereinbarung zugrundelegen.

Z W E I T E R T E I L

UNTERSUCHUNG AUF VERFASSUNGSEBENE

V. K a p i t e l

1. Problemstellung.

Die verschiedenen Stellungnahmen zu den einzelnen Gebieten der Mitb-Rechte spiegeln grundsätzlich verschiedene Grundpositionen wieder, die auf verfassungsrechtliche Prinzipien zurückgreifen. Die Bedenken gegen eine tarifliche Erweiterung wurzeln in der Regel darin, daß eine Bejahung der Erweiterung zu Kollisionen mit verfassungsrechtlich garantierten ArbG-Grundrechten führen kann. Je mehr das Mitb-Recht die Unternehmenssphäre berührt, desto mehr wachsen die Bedenken.

Nipperdey[46] meint, daß eine tarifliche Erweiterung der Mitb-Rechte über das vom BetrVG gesetzte Maß hinaus in einer auf freier Initiative aufgebauten sozialen Marktwirtschaft eine unzulässige Einschränkung der Unternehmerfreiheit(Art.2 I GG) herbeiführe.

Galperin[47] und Siebert[48] haben die ähnliche These aufgestellt, daß die Mitbestimmungsregelungen zwingender Natur seien, weil sie eine optimale Synthese zwischen Unternehmerfreiheit und Sozialstaatsprinzip darstellen.

Walter[49] und Wiegand[50] sehen in der tariflichen Erweiterung eine Enteignung,während Horchem[51] eine Inhalts-und Schrankenbestimmung i.Sinne von Art.14 I 2 GG,die nur durch formelles Gesetz oder auf Grund eines solchen erfolgen könne.

Dietz,[52] Huber[53] und Walter[54] schließlich erblicken darin,

---

46) Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.296;Nipperdey,Soziale Marktwirtschaft, S.19ff
47) Galperin DB 1966,622
48) Siebert BB 1958,423
49) Walter,BB 1953,90
50) Wiegand,Die Gestaltung des Mitb-Rechts durch TV und BV S.70
51) Horchem,Die Erweiterung der im BetrVG geregelten Mitb-Rechte durch KV Diss. S.22.
52) Dietz,BetrVG,Komm.4.Aufl. §1 Anm.19
53) Huber,GG und wirtschaftliche Mitbestimmung S.42,45
54) B.Walter,BB 1953,89ff(90 l.Sp.)

eine Änderung der Wirtschafts-und daher der Staatsverfassung, die nur durch den staatlichen Gesetzgeber möglich sei.
Auf der anderen Seite stehen die Autoren, die die Regelungskompetenz der Tarifparteien unmittelbar auf Art.9 III GG zurückführen,[55] der den Sozialpartnern einen Kernbereich tarifautonomer Betätigung verfassungsrechtlich gewährleiste.
Biedenkopf[56] gelangt zu dem Ergebnis,mit Rücksicht auf Art.9 III GG speche bei Schweigen des Gesetzes über sein Verhältnis zur Tarifautonomie eine"Vermutung" für die Regelungszuständigkeit der Tarifparteien.
Herschel[57] bekennt sich zu der Auffassung,daß nicht nur eine "Vermutung", sondern eine zwingende Entscheidung zugunsten der Regelungszuständigkeit der Tarifparteien bestehe, soweit eine betriebsverfassungsrechtliche Frage vorliege.Eine zweiseitig zwingende Natur der Mitb-Rechte verstoße gegen den durch Art.9 III GG gewährleisteten Kernbereich der Tarifautonomie.
Wie weit aber die Tarifautonomie verfassungsrechtlich garantiert ist, und welchen Schutz sie gegenüber den anderen Verfassungsnormen gewährt, ist eine Frage, die erst dann geklärt werden kann, wenn die Schutzbereiche des Art. 9 III GG und der anderen Verfassungsnormen abgegrenzt sind.
Die anschließende Untersuchung wird mit dem Ziel geführt, die Frage zu erläutern :

1) inwieweit eine Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse in Hinblick auf Art.9 III GG und auf die übrigen Grundrechtsnormen verfassungsmässig ist,solange die Erweiterung sich im Rahmen der Betriebsverfassung bewegt.

---

55) Über die Lieratur und die Rechtsprechung, die der der Tarifautonomie verfassungsrechtlichen Rang einräumen siehe S.74 Fn.68
56) Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonmie S.295
57) Herschel, Verh. des 46.DJT S.D 32

2) inwieweit eine Erweiterung vom Art.9 III GG gedeckt ist, die, über den Rahmen der Betriebsverfassung hinaus, unmittelbar oder mittelbar Rückwirkungen auf die Unternehmensverfassung hat und welche rechtliche Wirkungen entsprechende TVe entfalten.

Bei der zweiten Fragestellung sind repräsentative Erweiterungsmöglichkeiten:

a) Tarifverträge zwischen Gewerkschaften und ArbG oder ArbG-Verband, gemäß denen die Unternehmensleitung die Verpflichtung übernimmt, die Unternehmensverfassung zugunsten der Betriebsvertretung (BRat oder Gesamtbetriebsrat) zu ändern zB vertragliche Verpflichtungen zur Satzungsänderung mit dem Inhalt der Einräumung von Stimmrechten an Betriebsvertretungen, der Wahl von Personen in die Gesellschaftsorganen, die von der Betriebsvertretung vorgeschlagen werden, der Bestellung von Geschäftsmitgliedern durch den BRat.

b) Tarifvertäge zwischen Gewerkschaften und ArbG oder ArbG-Verband, die, ohne die Unternehmensverfassung zu berühren, die Unternehmensleitung verpflichten, bestimmte oder alle Rechtsgeschäfte nur mit Zustimmung des BRates vorzunehmen. Können zB die Stillegung oder Neueröffnung eines Zweigbetriebes, die Aufnahme eines Kredites, die Vornahme von Investitionen anderswo im Inland oder Ausland, die Preisfestsetzung von der Zustimmung des BRates abhängig gemacht werden ?

2 . Sind betriebsverfassungsrechtliche Fragen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen i.Sinne des Art.9 III GG?

Die bisherigen Stellungnahmen darüber lassen sich so zusammenfassen:

Säcker[58] und Lenz[59] vertreten die Ansicht, daß in Art. 9 III GG auch kollektives Mitbestimmungsrecht der Gewerk-

---

58) Säcker, Grundprobleme der Koalitionsfreiheit S.75
59) H.Lenz, in :Gesellschaft, Recht, Politik S.225

schaften mit garantiert sei.
Meissinger hält [60] ausdrücklich die Ordnung der Betriebsverfassung für eine unbestreitbare Aufgabe der Koalitionen, während Herschel[61] sich dazu bekennt, daß die Qualifizierung der Mitbestimmungsregelungen als unabdingbar den Kernbereich der Tarifautonomie mitten ins Herz treffe. Nach Nipperdey[62] fällt unter Arbeitsbedingungen alles das, was tarifvertraglich geregelt werden kann,[63] Wirtschaftsbedingungen sind darüber hinaus alle arbeitsrechtlich-sozialpolitischen Interessen der Koalitionen.[64]
Daß er damit auch die betriebsverfassungsrechtlichen Fragen unter die Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen fallen läßt, ergibt sich daraus, daß er das Mitbestimmen der ArbN, wie auch das Bestimmen des ArbG, letzten Endes im Arbeitsverhältnis begründet wissen will.[65]
Da die betriebsverfassungsrechtlichen Normen vorwiegend die Mitb-Rechte des BRates begründen, gehören sie materiell zum Arbeitsverhältnis und dadurch zu den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen i.Sinne des Art.9 III GG, unabhängig davon, daß sie, wegen der kollektiven Ausübung der Mitb-Rechte, rechtssystematisch aus dem Arbeitsverhältnis ausgeklammert sind.

---

60) Meissinger RdA 56,401 ff(405,406,407)
61) Herschel,Verh.des 46.DJT Bd II S.31; siehe auch Ramm Arbeitskampf und Gesellschaftsordung S.179;Hammann-Lenz, GG Komm.3.Aufl. S.235;vgl Maunz,Staatsrecht 19.Aufl.S.78.
62) Hueck-Nipperdey aaO II/1 S.103
64) Tarifvertraglich kann geregelt werden,was eine unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis entspringende Beziehung zwischen ArbN und ArbG betrifft und beiderseitige arbeitsrechtliche Interessen berührt,BB 1958,448
64) Nach BAG können im TV alle Regelungen enthalten sein die ihre Rechtfertigung im Sinn und Zweck des Arbeitsverhältnisses und in der Natur der Sache finden,BAG (erster Senat,Entscheidung v.21.12.1957=BB 1958,448 Übereinstimmend:BK(Erstbearbeitung) Art.9 S.9;v.Münch BK (Zweitbearbeitung) Art.9 Rn.122; Nikisch,Lehrbuch II S.54,der unter Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen die"soziale und wirtschaftliche Stellung" von ArbG und ArbN versteht.
65) Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S.1089;zustimmend Adomeit BB 1972,54;Badura,Unternehmerische Mitbestimmung,soziale Selbstverwaltung und Koalitionsfreiheit,Vortrag am 25.6.1976 Wiesbaden in RdA1976,275ff(276 r.Sp.).

Schließlich hat sich das BVerfG[66] dieser Auffassung angeschlossen, in dem es die Tätigkeit der Personalräte für eine Förderung der Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen gehalten hat.
Tatsächlich handelt es sich bei den Normen über die betriebsverfassungsrechtlichen Fragen um Normen, die die Rechte und Pflichten der Belegschaft und ihrer Organe gegenüber dem ArbG regeln.[67] Je stärker die Teilnahme des BRates an der Leitung des Betriebs ist, desto wirksamer werden die Arbeitnehmerbelange wahrgenommen. Die Subsumtion der betriebsverfassungsrechtlichen Fragen Schutzgegenstand der Koalitionbetätigung, die auch der geschichtlichen Entwicklung entspricht, kann deshalb nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden. Was für einen Schutz bietet aber Art.9 III GG ?

3. Die Garantie des Art. 9 III GG.

Art.9 III GG garantiert nicht nur das Recht von jedem, sich zur Wahrung und Förderung der Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen zusammenzuschließen, sondern beinhaltet auch einen verfassungsrechtlichen Schutz der Koalition bezüglich ihrer Existenz und der spezifisch koalitionsgemäßen Betätigung.[68] Die Betätigung wird durch den Abschluß von TVen vollzogen, die sich aus der historischen Entwicklung als das wirksamste Kollektivmittel erwiesen haben. Während aber Übereinstimmung darüber herrscht, daß der Bestandsschutz in Art.9 III GG in vollem Umfang garantiert ist, gehen die Meinungen weit auseinander, wenn es um den Aufgabenbereich geht.

66) BVerfG 19,303f(312);28,305f(307);vgl Schwendy,aaO S.76; Biedenkopf,Die Grenzen der Tarifautonomie S.272,294.
67) Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.293.
68) Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.134,231,422;Maunz-Dürig-Herzog GG Komm.3.Aufl.Art.9 III Rn 108,109,Art.2 Rn.11; Biedenkopf,aaO S.102; Huber,Wirtschaftsverwaltungsrecht II S.381;Hamann-Lenz GG Komm.3.Aufl.Art.9 S.231mwN; Schnorr, RdA 1955,3ff;Säcker,Grundprobleme der Koalitionsfreiheit S.69;Scheuner in :Weber-Scheuner-Dietz S.52; Leibholz-Rink GG Komm.4.Aufl.Art.9 Anm.7;Echterhölter BB 1969,237f(239);
Rechtsprechung:BVerfGE 4,96f(101,106);17,319f(339);18, 18f(26)=BB 1964,594;BVerfGE 19,303f(312)=BB 1966,206; BVerfG 20,312f(317)=BB 19661267;BVerfGE 28,305;BAGE 6, 321(358);BAG AP Nr.5 zu Art.9 GG=BB 1963,1096

Nach Auffassung des BVerfG[69] muß in Art.9 III GG ein verfassungsrechtlich geschützter Kernbereich in der Richtung gesehen werden, daß ein Tarifvertragssystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts staatlicherseits bereitzustellen ist, und daß Partner dieser Tarifverträge notwendigerweise frei gebilldete Koalitionen sind.

Aus dieser Entscheidung kann man aber nur dahingehend Schlüsse ziehen, unter welchen Bedingungen die Tariffähigkeit einer Vereinigung gegeben ist.[70] Das BVerfG bezieht sich in seiner Argumentation nur darauf, wann der Gesetzgeber Koalitionen von der Tariffähigkeit ausschließen darf.

Auch sein Bezug auf den "Kernbereich", auf das "gesetzgeberische Ermessen" und auf das "sinnvolle Arbeitsleben" hat nur mit der Festlegung der Voraussetzungen zu tun, unter denen die Tariffähigkeit vom Gesetzgeber aberkannt werden kann.

Welcher Inhalt aber dem TV einer schon tariffähigen Koalition vom GG vorbehalten ist, ist dieser Entscheidung nicht zu entnehmen.

Durch Art.9 III GG sind die Koalitionen zu tariffähigen Partnern erhoben, so daß ein Entzug der Normsetzungsbefugnis der Koalitionen oder eine praktische Aushöhlung durch Übernahme ihrer Aufgabe vom staatlichen Gesetzgeber den Kernbereich der verfassungsrechtlichen Garantie verletzen würde. Denn damit wäre der Zweck der Koalitionsfreiheit verfehlt. Dies bedeutet, daß durch Art.9 III GG die Koalitionen in ihrer Gesamtrichtung, in ihrem Koalitionszweck geschützt sind, was aber ihre konkreten Einzelzwecke betrifft, ist in Art.9 III GG nichts geregelt.[71]

Eine Reihe von Autoren versuchen im Gegenteil, auch den konkreten Inhalt eines TV anhand des Art.9 III GG abzu-

---

69) BVerfGE 4,96ff(106f)

70) Zustimmend Hamann-Lenz,GG Komm.3.Aufl.zu Art.9 B 8 b aa):"Das BVerfG befaßt sich nur mit den Grenzen gesetzgeberischer Regelung der Voraussetzungen der Tariffähigkeit..."(S.232)

71) Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.139;zustimmend K.Heide, Die Einwirkung des Verfassungsrechts auf das Tarifvertragsrecht Diss.1969 S.25; Schnorr RdA 1955,3ff.

grenzen.[72]
So hat Maunz durch eine extensive Interpretation die Tarifautonomie nur dem Art.9 III GG zugerechnet.[73]
Es gehe dabei um die richtige Subsumtion des betroffenen Lebensvorgangs unter eines der Freiheitsrechte.
Nach W.Weber[74] ist die Tarifautonomie als vernünftiger Ausfluß und wesentliches Mittel der Koalitionsfreiheit nur dem Art.9 III GG zuzuordnen.
Dietz[75] vertritt die Ansicht, nur der Kern dessen, was das Wesen des Tarifrechts ausmache, sei von der verfassungsrechtlichen Garantie mit umfaßt. Der Gesetzgeber könne bestimmen, was und inwieweit etwas durch TV geregelt werden könne. Dietz beruft sich auf das oben zitierte Urteil des BVerfG[76] und will vom "Kernbereich" der Tariffähigkeit auf den Umfang der Tarifautonomie schließen. So umschreibt er aber den Kernbereich der tarifautonomen Betätigung etwa willkürlich, weil er bei dieser Grenzziehung keine rechtliche Maßstäbe festsetzt. Solche Maßstäbe sind aber erforderlich, weil die Tarifautonomie wegen ihres verfassungsrechtlichen Ranges auch den staatlichen Gesetzgeber bindet.
Grundfehler dieser Auffassung ist, daß sie das Ziel und den Rechtfertigungsgrund des Art.9 III GG verkennt.
Die Festlegung des Art.9 III GG zielt darauf, den ArbNern von der Verfassung her die Voraussetzungen ihrer Entfaltungsfreiheit zu verschaffen, damit sie auch tatsächlich imstande sind, im Rahmen der die ganze Rechtsordnung beherrschenden Vertragsfreiheit[77] ihre berechtigten Interessen durchsetzen zu können. Ist die Koalition als vereinter Druck geeignet, der für den einzelnen ArbN

72) Kaufmann beruft sich ebenfalls auf die Entscheidung des BVerfG(4,96ff), mit dem Zweck, den potentiellen Inhalt eines TV abzugrenzen. Um das Primat des staatlichen Gesetzgebers zu rechtfertigen, den tarifautonomen Bereich nach seinem Ermessen auszugestalten, zieht er die Tatsache heran, daß die Tarifparteien oft an den staatl. Gesetzgeber herantreten. Das Argument geht fehl, weil dieses Verhalten der Koalitionen auf dem Umstand beruht, daß sie, wegen der gegenwärtigen Machtverhältnisse, nicht imstande sind, eine erstrebte Regelung durchzusetzen (NJW 1966,1684)
73) Maunz-Dürig-Herzog, GG Komm. 3.Aufl. zu Art.2 Rn11 (S.13,14)
74) W.Weber, Die Tarifautonomie als Verfassungsproblem S.36
75) Dietz in Bettermann-Nipperdey-Scheiner, Grundrechte S.460
76) BVerfGE 4,96ff(106f)
77) Hueck-Nipperdey, aaO II/1 S.143: "Der freiwillige Zusammender ArbN...erfolgte gerade mit dem Ziel, die Handlungsfreiheit des Einzelnen wieder herzustellen und sie zu schützen"

nur formal funktionierenden Arbeitsvertragsfreiheit die erforderliche Grundlage zu liefern,ist sie imstande,gegenüber dem ArbG einen gleichgewichtigen Verhandlungsdruck auszuüben, so hat Art.9 III GG seinen Zweck erfüllt.[78] Die Erhebung der Koalition zu einem fähigen Verhandlungspartner mit Zuerkennung der dazu erforderlichen Normsetzungsbefugnis,das ist das Ziel des Art.9 III GG.Wieweit innerhalb der Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen das Selbsbestimmungsrecht zweier annährend gleich starker Verhandlungspartner reichen kann, bedurfte es einer besonderen,in Art.9 III GG enthaltenen Regelung nicht.

Der Verhandlungsspielaum der Kalitionen ist in Art.2 I GG ausreichend fest umrissen.[79] Was in Art.2 I GG postuliert wird, erstrebt der Art.9 III GG,auf Kollektivebene zu verwirklichen. Denn das Individuum soll nur als Einzelner,sondern auch in der Gemeinschaft sein Selbstbestimmungsrecht genießen. Würde man Gemeinschaften von Gleichgesinnten den Schutz des Art.2 I GG versagen, so wäre damit auch der verfassungsrechtliche Anspruch auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nicht tatsächlich gewährleistet.[80] Die Gemeinschaft ist in vielen Fällen die denkbar notwendige Voraussetzung für eine volle Entfaltungsfreiheit des Einzelnen. Dies bedeutet im Ergebnis, daß die Gemeinschaften, in denen sich Gleichgesinnte zum Zweck wirksamer Entfaltung ihrer Persönlichkeit assoziieren, hinsichtlich ihrer Selbstbestimmung den gleichen

---

78) Zustimmend Ramm, Arbeitskamp und Gesellschaftsordnung S.179

79) Daß die Koalitionsfreiheit nur die Vorausstzungen für eine sinnvolle Funktion der Vertragsfreiheit schaffen wollte, übrigens aber den so geschaffenen gleichgeordneten Subjekten die Gestaltungsfreiheit im Rahmen des Art. 2 I GG offenstehen soll,hat auch das BAG akzeptiert, sie- BAG AP Nr.18 Blat- 2 Rücks.zu Art.3 GG;BAG AP Nr.5 Blatt 3 zu Art.9 GG.

80) Huber,GG und wirtschaftliche Mitbestimmung S.30f,geht von falschen Voraussetzungen aus,wenn er die Mitb-Rechte als Rechte Dritter behandelt.Sowohl die Mitb-Rechte der ArbN als auch die bestimmende Rechte der Kapitalgeber betreffen privatrechtlichen Beziehungen zwischen ihnen und es kann deshalb bei ihrer Ausgestaltung beiderseits nicht von verfassungsrechtlich garantierten Rechten gesprochen werden.

Schutz,wie der Einzelne,genießen müssen.[81)]
Die Heranziehung des Art.2 I GG neben Art.9 III GG steht nicht in Widerspruch mit der Aussage des BVerfG,daß der Art.2 I GG nur soweit Anwendung finde, als ein Lebensbereich nicht bereits in einer Spezialnorm des GG geregelt sei.[82)] Denn der Art.9 III GG regelt nur einen Kernbereich, nur den TV als Institution,als einen Fall der Regelungsbefugnis. Den Lebensbereich des Tarifvertragsinhalts regelt er nicht.[83)]
Die Grenze, die aus Art.9 III GG herkommt, ist der Bezug auf die Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen.Wieweit aber innerhalb dieses Rahmens das Selbtbestimmungsrecht den Koalitionen reicht,ist nur durch Art.2 I GG abzugrenzen. Will man den Koalitionen zusätzliche,engere,außer der aus Art.2 I GG resultierenden Grenzen auferlegen,so würde dies bedeuten,daß die Verfassung zwei Arten von Entfaltungsfreiheit verschiedenen Ranges sanktioniert.
Eine solche Auffassung ist abzulehnen. Das BVerfG hat in einer Entscheidung eine derartige Auslegung ausgeschlossen und an der Einheitlichkeit der Verfassungsordnung festgehalten, indem es zur Ausdehnung des verfassungsrechtlichen Schutzes bis hin zum Koalitionsbestand das Bekenntnis des GG zum sozialen Rechtsstaat herangezogen hat.[84)] Der Sozialstaatsauftrag ist aber funktionell darauf gerichtet,die Voraussetzungen der Entfaltungsfreiheit dort wieder herzustellen,wo sie,wegen des gesellschaftlichen, sozialen Wildwuchses,entfallen oder nicht ausreichend garantiert sind.
Damit wollte das BVerfG zum Ausdruck bringen,daß die Kollektivordung im Auftrag des Sozialstaates das Selbstbestimmungsrecht in die Tat umzusetzen hat.

---

81) Schnorr RdA 1955,3ff(6 l.Sp); Hueck-Nipperdey aaO II/1 S.142;Richardi,Kollektivgewalt,S.123:"Wegen der besonderen Verhältnisse, die am Arbeitsmarkt herrschen,muß... ...die individuelle Selbstbestimmungsodnung durch Vertrag zugunsten einer kollektiven Selbstbestimmungsordnung weichen".
82) BVerfG 6,32(37);9,73f(77).
83) Zu diesem Ergebnis führt auch die Argumentation Nipperdeys,derzwischen Gesamtrichtung und Einzelzwecken unterscheidet,siehe darüber S.75;zu dieser Feststellung kommt K.Heide,aaO S.25 unter Bezugnahme auf Nipperdey.
84) BVerfGE 4,96ff.

Anwendung des Selbstbestimmungsrechts auf die Koalitionen bedeutet, daß sie in erster Linie berufen sind, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder auszugestalten. Der staatliche Gesetzgeber darf in diese Bedingungen nur im Rahmen des in Art.2 I GG enthaltenen Vorbehaltes eingreifen.[85)]

Bevor man aber den aus Art.2 I GG resultierenden Grenzen im einzelnen nachgeht, lohnt es sich, die Ausführungen von Scholz zu erläutern, der eine besonders interessante Stellung dazu nimmt.

4. Auseinandersetzung mit den Thesen von Scholz.

Scholz vertritt die Ansicht, daß sich staatliche Gesetzgebung und Koalitionszweck im Verhältnis von Zuständigkeit und Freiheit und nicht in dem von konkurrierenden Zuständigkeiten gegenüberstehen. Die Koalitionen seien daher an die staatlich gesetzten Regelungen in vollem Umfang gebunden. Etwas anderes gelte nur für diejenigen Normen, die von vornherein dispositiv sind und damit der freiheitlichen Abdingung bewußt Raum geben.[85a)]

Wenig aufschlußreich erweist sich die Auslegung, hierin gehe es um das Verhältnis zwischen Zuständigkeit und Freiheit. Denn wesentliches Merkmal der geltenden Ordnung ist gerade die Unantastbarkeit der von ihr garantierten Freiheiten gegenüber der staatlichen Gesetzgebung, die Anerkennung eines Raums also, der dem staatlichen Eingriff verschlossen bleibt. Wie dieser Raum beim Koalitionszweck abzugrenzen ist, steht gerade in Frage.

Die ganze Problematik ist im Gegenteil im letzten Satz enthalten. Danach kommt es darauf an, wann der Koalitionszweck dispositive Normen gebietet.

Die von Scholz darauf gegebene Antwort lautet, daß der Koalitionszweck prinzipiell dort beschränkbar ist, wo es auch die individualen Parteien im Arbeitsverhältnis sind; er sei in der Regel dort unbeschränkbar, wo es auch jene sind.

---

85)Zustimmend: Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.148;Schnorr, RdA 1955,3ff(6 linke Sp.)

85a)Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S.330

Im Grunde steht die beschriebene Stellungnahme der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen, obwohl sie im ersten Augenblick weit auseinandergehen. Die Vereinbarkeit beider Stellungnahmen wird aber nur dann begreifbar, wenn die Rechtsstellung der Arbeitsvertragsparteien und der ihnen zur Verfügung stehende Spielraum für eine potentielle Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses richtig bewertet sind. Bis wohin die Kompetenzen der Arbeitsvertragsparteien und entsprechend die dispositiven Rechtsnormen reichen, ist eine Frage, die in der Praxis von anderen, nicht rechtlichen Aspekten genug beeinflußt wird und deshalb einer näheren Erläuterung bedarf.

Sowohl das Zivilrecht als auch die Arbeitsgesetze, die die Verhältnisse zwischen ArbN und ArbG regeln, stellen grundsätzlich dispositive Normen dar. Und jedesmal, wenn Zwangsnormen auftreten, sind sie nur zugunsten der ArbN auszulegen.

Sie setzen zwar den gewöhnlichen Fall voraus, in dem der Austauschpreis für die Arbeitsleistung aus dem Gehalt und den übrigen finanziellen Zuschüssen besteht. Dies bedeutet aber keineswegs, daß die Bedingungen und der Preis für die Arbeitsleistung z w i n g e n d nur aus Gegenleistungen solcher Art bestehen dürfen. Es gibt keinen rechtlichen Grund, der die Arbeitsvertragsparteien dazu zwingt, die Pflichten des ArbG nur auf finanziellen Leistungen zu beschränken.

Obwohl diese Auslegung der Arbeitsvertragsnormen mit den fundamentalen Grundsätzen des Zivilrechts und der ganzen Struktur der Privatrechtsordnung in Einklang steht, steht trotzdem eine engere, konservative Interpetation immer im Vorderung. Sie lautet, daß die Kompetenzen der Arbeitsvertragsparteien sich grundsätzlich nur auf solche Gegenstände beziehen dürfen, die bisher einen Gegenstand des Arbeitsverhältnisses ausmachen.

Es ist zunächst darauf Rücksicht zu nehmen, daß die herrschende Sozialordnung, die der schwächeren Arbeitsvertragspartei(ArbN) nur begrenzte Rechte zu ermöglichen

vermag, allmählich dazu beigetragen hat, einen gewissen "Eindruck" über den Umfang der Rechte herrschen zu lassen, die dem ArbN im Arbeitsvertrag zukommen können. Nur solche Rechte seien danach vom ArbN zu verfechten und durch Arbeitsvertrag zu verfestigen, die im Rahmen der bestehenden Sozialordnung dem ArbN f a k t i s c h zugänglich sind. Nur bis dahin sei entsprechend die vom Gesetzgeber getroffene Regelung des Arbeitsverhältnisses dispositiv.

Die beste Bestätigung dafür, daß die herrschende Sozialordnung die Rechtsstellung des ArbG einseitigt begünstigt hat, stellt erst die Anerkennung der Individualordnung als der -zumindest ursprüglich-allein maßgebenden Ebene für die Regelung der Verhältnisse zwischen ArbG und ArbN dar. Die Individualordnung verhindert gerade die Ausübung derjenigen Rechte der ArbN, die ihnen zwar zukommenmen, von ihnen aber, wegen der Natur der Rechte, nur gemeinsan ausgeübt werden können. Wenn jedoch die Individualordnung die Ausübung der sog. Mitb-Rechte nicht ermöglicht, so bedeutet dies keinesfalls, daß dem Arbeitsverhältnis solche Rechte fremd sind.

Bei den Mitbestimmungsrechten geht es um sozusagen "ungeteilte" Rechte der Belegschaft, die durch das Arbeitsverhältnis begründet werden. "Ungeteilte" Rechte sind aber keinesfalls nicht bestehende Rechte.Im Arbeitsverhältnis wurzelt jedes denkbare "mitbestimmende" Recht der ArbN, wie es auch mit dem Bestimmungs-oder Direktionsrecht des ArbG der Fall ist.Dies ist heute eine These,die erst von Nipperdey[85b)] vertreten wurde und immer mehr an Boden gewinnt. Die Relevanz dieser Konzeption besteht darin, daß der gegenständliche Bereich des Arbeitsverhältnisses mit dem traditionellen Bereich nicht z w i n g e n d identifiziert werden muß.

Darin, daß die Kooperation beider Seiten für die Produktion unbedingt erforderlich ist und beide Seiten zu einem Vertrag miteinander gezwungen sind, liegt die Erklärung dafür, daß die Ausgestaltung der Rechte und Pflich-

85b)Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S.1089;zustimmend Adomeit BB 1972,54;Badura, Unternehmerische Mitbestimmung, soziale Selbstverwaltung und Koalitionsfreiheit,RdA 1976, 275ff(276 r.Sp).

tan der Arbeitsvertragsparteien prinzipiell ihnen aufgegeben ist.

Ausgerechnet die Anerkennung der Kollektivordnung setzt logisch voraus, daß dem ArbN als Arbeitsvertragspartei Rechte zukommen, die zwar innerhalb der Individualordnung wegen der Natur der Ordnung nicht zu verwirklichen sind, die aber immerhin ihre Legitimation im Arbeitsverhältnis finden. Die Kollektivordnung setzt also voraus, daß dem ArbN mehrere Rechte zustehen, als die Individualordnung e r m ö g l i c h t. Und Aufgabe der Kollektivordnung ist es, diejenigen Rechte der Arbeitsvertragsparteien und vor allem der ArbN aktiv zu machen, deren Ausübung individualrechtlich nicht möglich ist. Wenn infolgedessen die ArbN durch TV als Bedingung für ihre Arbeitsleistung ihre Mitbestimmung am Unternehmen setzen, stellt diese Forderung nur einen rechtmäßigen Anspruch dar, dessen Legitimation auf das Arbeitsverhältnis zurückzuführen ist.

Davon unterscheidet sich die Frage, ob die tarifvertragliche Mitbestimmung am Unternehmen nicht nur eine Innenwirkung zwischen ArbN und ArbG, sondern auch eine Außenwirkung entfalten kann. Wie auch immer darauf geantwortet wird, kann es dadurch nicht in Zweifel gezogen werden, daß die Mitbestimmung der ArbN im Arbeitsverhältnis wurzelt.
Betrachtet man das Arbeitsverhältnis in einem solchen weiteren Sinne, so ist der von Scholz gebrauchte Maßstab nicht verfehlt.

An anderer Stelle stellt Scholz fest, der Koalitionszweck läßt sich durch die materiellen Inhaltsrechte der Art. 12,14 GG bestimmen.[85c] Die funktionsmäßigen Sicherungen des Koalitionszwecks dürfen sich-so argumentiert Scholz weiter- auf die gleichen Gewährleistungen berufen, die dem individualen Arbeitsverhältnis nach Art.12, 14 GG zuteil werden.[85d]

Der Standort des Arbeitsverhältnisses findet sich jedoch nicht in Art.14 GG. Die Arbeitsvertragsfreiheit,

85c) Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem S. 320 .
85d) Scholz,aaO S.330

die eine spezielle Form der allgemeinen Vertragsfreiheit ausmacht, zieht ihre verfassungsrechtliche Legitimation aus Art.2 I GG!

Art. 14 GG regelt die Rechtsstellung des Eigentümers gegenüber dem Staat, nicht gegenüber Privaten. Bei der Arbeitsvertragsfreiheit geht es um die Austauschordnung. Sobald die Austauschordnung eintritt, versagt die Eigentumsgarantie. An deren Stelle tritt nunmehr das Vertragsinstitut. Eigentumsgarantie wirkt nur solange dem Eigentümer ein hoheitlicher, meist staatlicher Wille gegenübersteht, der mit dem Eigentümer nicht zu verhandeln braucht, solange m.a.W. der Eigentümer zu einem Vertrag aus eigenem Wille nicht bereit ist.

Das individuale Arbeitsverhältnis kann sich weiter nicht auf die Gewährleistungen des Art.14 GG berufen, weil das Arbeitsverhältnis nicht aus der Ausübung der Inhaltsrechte des Art.14 GG entsteht. Das Eigentum an den Produktionsmitteln ist zwar, sozial gesehen, der Schlüssel für den Erfolg des unternehmerischen Zwecks und mittelbar auch für die Lebensdauer des Arbeitsverhältnisses, r e c h t l i c h ist aber die Eigentumsgarantie keinesfalls Voraussetzung für die Entstehung des Arbeitsverhältnisses..

Existiert kein rechtlicher Zusammenhang zwischen beiden Begriffen-und hier fallen allein rechtliche Aspekte ins Gewicht-,so ist es unerlaubt, das Arbeitsverhältnis, sich auf die Gewährleistungen berufen zu lassen, die dem Eigentum nach § 14 GG zuteil werden. Ist dieser Schluß richtig, so fehlt es vielmehr am rechtlichen Grund für eine entsprechende Anwendung auf den Koalitionszweck.

Es überwiegt deshalb die Meinung, daß Standort der Arbeitsvertragsfreiheit nicht die Eigentumsgarantie, sondern die in Art.2 I GG verankerte Garantie der freien Entfaltung der Persönlichkeit. ist.

Im Rahmen des in Art. 2 I GG enthaltenen Vorbehaltes werden die Grenzen des Selbstbestimmungsrechts durch die Rechte anderer, das Sittengesetz und vor allem die verfassungsmässige Ordnung gezogen.

3. Der Vorbehalt des Art. 2 I GG.

a) Zunächst scheidet das Sittengesetz als Grenze aus, weil es mit den Mitbestimmungsregelungen nicht kollidiert. Das Gegenteil hat bis jetzt niemand behauptet.

b) Die Rechte anderer können als Grenze der Mitbestimmungserweiterung nicht im Wege stehen, weil durch die Mitbestimmungsregelungen nicht die Rechte Dritter, sondern die gegenseitigen Rechte der kontrahierenden Koalitionen ausgeformt werden. Es liegt aber im Wesen des Selbstbestimmungsrechts, daß der Selbstbestimmende, wenn er tatsächlich ebenbürtiger Partner ist, über seine Rechte nach seinem Gutdünken verfügen kann.

Wenn also die Mitbestimmungsregelungen den Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen und deshalb den privatrechtlichen Beziehungen zwischen den ArbN und den ArbG zuzuordnen sind, dann ist auch die Erweiterung der Mitb-Rechte ein rechtlicher Vorgang, der die "bestimmenden" Rechte der Anteilseignerseite einschränkt. Er betrifft nicht Rechte Dritter, sondern die Ausgestaltung der gegenseitigen Privatverhältnisse zwischen zwei Kontrahenten.

In dieser Hinsicht ist die Konstruktion von Huber[86] unzutreffend, der die"bestimmenden" Rechte der Anteilseignerseite als Rechte anderer bezeichnet, die gegenüber den Rechten der ArbN-Seite verfassungsrechtlichen Schutz

86) Huber, GG und wirtschaftliche Mitbestimmung S.30,31,32

genießen.Denn um Rechte anderer,die verfassungsrechtlich abgeschirmt sind, geht es nur soweit die eigenen Rechte nicht zum Verhandlungsgegenstand ernannt werden. Werden die Rechte von ihren Trägern zum Geschäftsgegenstand gemacht,-hier die Arbeitsleistung von ArbN und das Vermögen von Anteilseignern- so genießen sie im Austauschverhältnis keinen Grundrechtsschutz mehr. Die Verfassung überläßt dann den Schutz der Rechte dem Willen der gleichgeordneten Subjekte.Das ist ein wesentliches Merkmal der freiheitlichen Ordnung.

c) Wichtiger als Grenze der Mitb-Rechte ist die verfassungsmäßige Ordnung.

Die hier entstandene Auseinandersetzzung um die Frage, ob die verfassungsmäßige Ordnung einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt gleichkommt oder nicht,[87] bietet an sich keinen zuverlässigen Aufschluß über die Natur der Mitb-Rechte des BRates. Um die Ansicht vertreten zu können, daß das BetrVG als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung die Erweiterung der Mitb-Rechte nicht zuläßt, genügt es nicht, daß das BetrVG Mitbestimmungsregelungen getroffen hat. Es bedarf vielmehr des Nachweises, daß die Regelung des BetrVG im Mitbestimmungsbereich zwingend erfolgt ist. Denn der staatliche Gesetzgeber darf im Bereich der Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen nicht nach Belieben, sondern nur soweit das Selbestimmungsrecht der Koalitionen einschränken, wie es ihm die Verfassung selbst gestattet.[88]

---

87) Huber vertritt die Ansicht, daß die verfassungsmäßige Ordnung nur zu den Eingriffen in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit ermächtigt,die vom GG gefordert werden,Huber,aaO S.33. Das BVerfG (BVerfGE 6,32ff ständige Rechtsprechung) läßt die verfassungsmäßige Ordnung dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt gleichsetzen. Der Unterschied zwischen diesen Auslegungen ist in letzter Instanz nur wörtlich.Denn das BVerfG hält die Gesetze nur dann für verfassungskonform,wenn sie auch materiell mit dem GG in Einklang stehen. Materiell in Einklang stehen bedeutet aber,daß der gesetzgeberische Eingriff nur soweit verfassungsmäßig ist, als er die Verfassungsgrundsätze berücksichtigt hat,sodaß es nach beiden Ansichten letzten Endes auf die Verfassung selbst zurückzuführen ist.

88) Nipperdey hält eine Einschränkung der Tarifautonomie nur dann für zulässig,wenn sie von überragenden Forderungen des Gemeinwohls gefordert wird,Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.151ff;Schnorr,RdA 1955,3ff.

Die Frage wird also dahin verlagert,ob bei Mitbestimmungsregelungen des BetrVG die verfassungsmäßige Ordnung eine abschließende Regelung verlangt.
Die Tarifparteien als Normsetzer, die ihre Normsetzungsbefugnis aus der Verfasung selbst ziehen,konkurrieren im Bereich der Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen mit dem staatlichen Gesetzgeber.
Die Abgrenzung der Regelungsbereiche beider Normsetzer wird von der Verfassung selbst vorgenommen, weil die durch das GG etablierte Grundordnung nur einheitlich funktionieren kann. Die Abgrenzung kann daher nur auf Grund höherrangiger verfassungsrechtlicher Prinzipien erfolgen,an die sowohl die Tarifparteien als auch der staatliche Gesetzgeber gebunden sind. Wenn also gesagt wird, daß die Tarifparteien in dem vom Staat freigelassenen Raum tätig werden können, so ist dies nicht dahingehend zu verstehen, daß der staatliche Gesetzgeber den freizulassenden Raum nicht nach freiem Ermessen,sondern nur unter Berücksichtigung der im GG niedergelegten Grundsätze ausgestalten kann.[89]
Die Abgrenzung kann nur funktionell stattfinden.
Das BVerfG[90] hat in einer grundlegenden Entscheidung den Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung dahingehend interpretiert, daß Gesetze dann Ausdruck der verfassungsmässigen Ordnung seien,wenn sie " ...in Einklang mit den obersten Grundwerten der demokratischen Grundordnung als der verfassungsrechtlichen Wertordnung stehen,.... vornehmlich dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Sozialstatsprinzip".[91]
Neben den Grundrechten also die mit dem Ausdruck Rechtsstaatlichkeit gedeckt sind, bindet den staatlichen Gesetzgeber und die Tarifparteien die Sozialstaatsklausel, die durch Art.79 III GG zu einem der unabänderlichen Grundpfeiler der geltenden Verfassungsordnung erhoben ist.

89) Dem freien Ernessen des staatlichen Gesetzgebers überlassen aber die Abgrenzung der Tarifautonomie:Dietz in Bettermann-Nipperdey-Scheuner S.460;Küchenhoff,RdA1959,205.
90) BVerfGE 6,32ff
91) Auf dieses Urteil beruft sich auch Huber,um aber auf Grund seiner Auslegung zu einem anderen Ergebnis zu kommen,in:GG und wirtschaftliche Mitbestimmung S.32.

6. Sozialstaatsprinzip.

Von der Rechtsprechung[92] und der Literatur[93] ist schon anerkannt, daß der Sozialstaatsauftrag eine verbindliche Verfassungsnorm ist, die den Gesetzgeber mit vermehrter Wirkung bindet. Welcher genaue Inhalt aber dieser Norm zukommt, ist sehr lebhaft umstritten. Die überwiegende Meinung sieht grundsätzlich das Wesen des Sozialstaatsauftrags in der Abkehr vom formalen Gleichheitsbegriff des bürgerlichen Staats im 19.Jahrhundert und in der Zuwendung zum wirtschaftlichen Ausgleich unter den verschiedenen sozialen Schichten i.Sinne der Sicherung eines menschenwürdigen Daseins für jedermann.[94]
Diese Definition ist zwar in Kernpunkt richtig, liefert aber keine präzisen Maßstäbe über das Maß des gesetzgeberischen Eingriffs.
Die Grundrechte, die im Zeichen des Liberalismus als die beste Garantie für die persönliche Entfaltung gehalten wurden, haben sich im Wildwuchs der Industriegesellschaft als inhaltsleer erwiesen.[95] Die verfassungsrechtliche Verankerung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit mit gleichzeitiger Garantie des Eigentums und des Erbrechts in einer Gesellschaft, die schon von Anfang an durch ungleiche Eigentums-und Besitzverhältnisse gekennzeichnet wurde, hat, wegen der fortschrittlichen Arbeitsteilung und der sprunghaften Mechanisierung der Produktion einerseits zu einer bisher ungeahnten Produktionsmittelkonzentration, andererseits zu einer breiten eigentumslosen Klasse der Lohnabhängigen geführt.

---

92) BVerfGE 1,97ff(105); BVerwGE 8,4ff(7);BGHE 25,232ff=NJW 1957,1925;BAGE 1,51ff(56);BSGE 1,134ff(144);ausführlich dazu siehe W.Schneider,Das Sozialstaatsprinzip des GG in der Rechtsprechung 1972, S.26,27.

93) Nipperdey,VVDStRl Heft 12 S.98;Hueck-Nipperdey aaO II/1 S.41;Schmidt-Bleibtrey-Klein GG 3.Aufl.S.339;Bachhoff, VVDStRl Heft 12 S.12,43(Sozialstaatsprinzip als Auslegungsregel);Maunz,Staatsrecht 19.Aufl.S.78(Gerechtigkeitsprinzip)Forsthoff,VVDStRl Heft 12 S.36(Leitsatz XX,Sozialstaatsprinzip als tüpenmäßige Kennzeichnung des Staates);Huber,Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd I S.36ff.

94) Schnorr,RdA 1955,3ff(7 l.Sp.);Nipperdey,Soziale Marktwirtschaft S.18;Huber,aaO S.46;Forsthoff aaO S.25;Bachhoff VVDStRl,Heft 12 S.45;Ipsen,VVDStRl S.119;Nipperdey,ebenda.

95) Dazu Forsthoff,Verfassungsprobleme des Sozialstaates S. 146,abgedruckt in:Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit.

Die Grundlagen, auf denen der Liberalismus als Grundwert ruht, nämlich die Existenz einer Gesellschaft mit einer Unzahl von wirtschaftlich annähernd gleich starken Individuen, wurden erschüttert.
Der Staat war gezwungen, gegen diese Entwicklung vorzugehen,um der Idee der Selbstbestimmung,die die Quintessenz des Liberalismus ausmacht, Realisierungsmöglichkeiten zu verschaffen. Wie könnte aber der Staat eingreifen, ohne den Charakter der freiheitlichen Ordnung zu beseitigen ?

7 Tarifautonomie und Sozialstaatsprinzip.

Das GG hat in Art.2 I die Entfaltungsfreiheit der Persönlichkeit für alle Menschen,das sog.Selbstbestimmungsrecht, gleichermaßen garantiert. Dieses Recht ist das Primäre[96] in der geltenden Ordnung. Das bedeutet,daß die ganze Grundordnung,wie auch das Sozialstaatsprinzip, darauf gerichtet ist, daß jeder Mensch gleich frei ist,seine Persönlichkeit zu entfalten.
Die Selbstbestimmung als Rechtsprinzip kann aber nur dann verwirklicht werden, wenn auch tatsächlich die Macht zur Selbstbestimmung besteht.[97]
Da in Art.2 I GG das Selbstbestimmungsrecht auch im wirtschaftlichen Bereich garantiert ist, gilt die Frage zu stellen,wie sich die Macht zur Selbstbestimmung in diesem Bereich definieren läßt.Nur eine solche Bestimmung kann die Grenzen verdeutlichen,innerhalb derer der staatliche Gesetzgeber in Erfüllung des Sozialstaatsauftrags gegenüber den Tarifparteien zwingend eingreifen darf.
Das ganze Problem stellt sich mit aller Schärfe, wenn man sein Vermögen nicht selbst, sondern unternehmerisch ausnutzt. Im Unternehmen treffen sich notwendigerweise zwei Grundrechtsträger:Die Produktionsmittelbesitzer,die ihr Kapital

---

96) Schnorr,RdA 1955,3ff(7 l.Sp.);Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.42ff mwN in Fn.42.
97) So ausdrücklich Flume,Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,Bd 2 Das Rechtsgeschäft S.10

geben,und die ArbN, die ihre Arbeitskraft leisten.
Das Maß an Selbstbestimmung läßt sich nach dem Maße der Rechte messen, die jeder der beiden Träger aus seiner Leistung erwirbt.
Sowohl das Kapital als auch die Arbeit haben nur dann wirtschaftlichen Wert, wenn sie zusammenarbeiten.Produktionsmittel ohne die Bereitschaft der ArbN,ihre Arbeitskraft zu leisten, sind witschaftlich tot.[98] Beide Produktionsfaktoren stehen insofern in einer Interdependenz.
Wie wird aber im Produktionsprozeß das Wertverhältnis zwischen Kapital und Arbeit ausgestaltet,das die zur Verfügung stehende Selbstbestimmungsmacht ihrer Träger entsprechend vorbestimmt ?
In einer freiheitlichen Ordnung, die die Selbstbestimmung postuliert,wird das Verhältnis zwischen beiden Faktoren verhandlungsweise festgelegt.
Die Verhandlungsmacht aber, die jeder Tarifpartei zukommt,ist nicht vom Willen der Kontrahenten,wie man vom ersten Augenblick vermuten könnte,sondern vom Verhandlungsdruck abhängig,[99] den jede Partei auf die andere ausüben kann. Hier geht es nicht um den Preis eines Produkts,sondern um den Preis der Produktivkräfte selbst.
Sowohl das Kapital als auch die Arbeit sind aufeinander gleichermaßen angewiesen.Jeder von beiden Faktoren kann nur in Zusammenarbeit mit dem anderen produktiv werden, so daß die Abhängigkeit voneinander als Maßstab gegenseitig außer Kraft gesetzt wird.
Auch die Knappheit, die im übrigen den Preis der Produkte mitbestimmt,scheidet aus,weil jede von beiden Produktivkräften,insgesamt betrachtet, knapp ist.
Als Maßstäbe, an denen der Verhandlungsdruck jeder Partei zu messen ist,bleiben deshalb zwei Momente :a)Der Konzen-

98) Zustimmend Lenk,Mitb-Gespr.1970,151,unter Berufung"auf die Denkschrift der Evagelischen Kirche Deutschland": "Eigentum an Produktionsmittel stellt in der Regel nur zusammen mit menschlicher Arbeitskraft einen Wert dar".
99) Roscher,RdA 1972,280(r.Sp.) sagt sehr anschaulich:Der Vertrag ist nur das Medium,in welchem sich Machtverhältnisse entfalten und einen Ausgleich der Interessen möglicherweise herbeiführen kann".

trationsgrad,den das Kapital und die Arbeit aufweisen und
b) der Zwang,den Lebensunterhalt zu verdienen, dem die Träger der Produktivkräfte ausgesetzt sind.

Es ist nicht zu leugnen,daß die Produktionsmittel in wenigen Händen konzentriert sind.[100] Das Eigentums-wie auch das Erbrecht haben den Konzentrationsprozeß ermöglicht, der gleichzeitig den Ausschluß der übrigen Menschen vom Produktionsmittelbesitz bedeutet.Hier gilt es mit Nachdruck die Feststellung zu unterstreichen: Nicht die Vereinigung der ArbG in Koalitionen ermöglicht es ihnen,auf die ArbN einen vereinten Verhandlungsdruck auszuüben. Erst die Produktionsmittelkonzentration versetzt den Kapitalgeber in eine gegenüber dem einzelnen ArbN stärkere Verhandlungsposition.[1] Die Koalitionsfreiheit bedeutet für die ArbG nur die Möglichkeit, sich weiter zu verstärken.

---

100) Das ist keine sozialistische Propagandathese.Es spiegelt sich klar in der Statistiken wieder und wird auch von den meisten "bürgerlichen"Ökonomen,Soziologen und Historiker akzeptiert.
Eine isolierte Betrachtung des Produktionsvermögens für das Jahr 1960 ergibt einen Anteil von 70% zugunsten von 1,7% aller Erwerbstätigen,dies steht in:Sozialbericht der Bundesregierung 1970. Die "Unselbständigen" besaßen 1965 nur 17,2% des Realvermögens in der BRD. Der Anteil von 81% der Haushalte belief auf ganze 8,9% des in der BRD vorhandenen Vermögens.Die hier angegebenen Zahlen gibt Gleitze,Bruno,Sozialkapital und Sozialfonds als Mittel der Vermögenspolitik 1968, S.6(zitiert nach Däubler Grundrecht auf Mitbestimmung, S.12)
Götz Briefs,Grundriß der Sozialökonomik,IX,I,1926,der Kronzeuge,auf den die Gegner der Mitbestimmung sich berufen,legt in seinem berühmten Beitrag"Das gewerbliche Proletariat"dar:"Eine gesellschaftliche Minderheit verfügt über das gesamte Eigentum an Produktionsmittel,die große Mehrheit ist eigentumslos,besitzt nichts anderes als ihre Arbeitskraft". Werner Sombart führt aus:"Eine gesellschaftliche Minderheit verfügt über so gut wie das gesamte Produktionsmittel..."zitiert nach Nell-Breuning in:Streit um Mitbestimmung S.15;vgl Appel BB1968,1445; Lenk,Mitb-Gespr.1970,151;Weis,Wirtschaftsunternehmen und Demokratie S.110f;Däubler,aaO S.253;Rüthers RdA 1968,176

1) Diese Auffassung wird durch das TVG ausdrücklich bestätigt, das (§2 I) auch den einzelnen ArbG zur Tarifpartei ernennt. Wenn die Koalitionsfreiheit für den ArbG die gleiche Rolle,wie für den ArbN spielte,dann müßten bei Wegfallen der Koalitionsfreiheit die Verhandlungspositionen desArbG und des ArN in der Individualordnung gleich stark sein.

Das daraus entstandene soziale Machtgefälle hatte der Sozialstaat auszugleichen.Dabei mußte aber der freiheitliche Charakter der Verfassung bewahrt werden.[2)]
Durch die Koalitionsfreiheit ist den ArbNern in der Verfassung das Recht eingeräumt,sich zu Vereinigungen zusammenzuschließen,damit die ArbN die Verhandlungsmacht ihrer Leistung in die Höhe treiben und der Kapitalseite gegenüber eine verhandlungsfähige Front bilden.
Wie sich daraus klar ergibt, stellt erst die Koalitionsfreiheit der ArbN das Gegengewicht zur wirtschaftlichen Macht der Kapitalgeber.[3)]
Ist aber durch das Koalitionsrecht der ArbN ein Konzentrationsgrad zu erreichen, der der Produktionsmittelkonzentration vergleibar ist und dem daraus herkommenden konzentrierten Verhandlungsdruck entgegenwirken kann ?
Die Tatsache, daß die Arbeitskraft von Natur aus auf so viele autonome Träger gleichmäßig verteilt ist, erschwert automatisch den Konsensus zwischen ihnen.
Während der Kapitalbesitzer nur für sich selbst spricht und bei Vereinigungen von ArbG die Zahl der Mitsprechenden vergleichsweise eine kleine Minderheit beträgt,ist die Schlagkraft der ArbN-Koalition auf die Übereinstimmung unzähliger Menschen angewiesen.Die Konzentration auf der ArbN-Seite ist der Konzentration auf der anderen Seite nicht gleichzusetzen.
Ausschlaggebend wirkt aber der Zwang,den Lebensunterhalt zu verdienen.
Dieser Zwang ist um so stärker, je weniger Wirtschaftsgüter zur Verfügung stehen. Per definitionem verfügt aber die Kapitalseite über das gesamte Produktionsvermögen. Sie ist deswegen imstande,sich viel mehr lebensnotwendige Wirtschaftsgüter bereitzustellen,als dies der ArbN-Seite möglich ist. Die ArbN sind deshalb von diesem Zwang

---

2) Dazu siehe Nipperdey,aaO II/1 S,43;Schnorr,RdA 1955,3f(7)
3) Ausdrücklich zustimmend:Schwegler,GMH 1972,307:"Erst Organisation und Streikrecht der ArbN stellen das Gegengewicht zur wirtschaftlichen Macht der Unternehmer dar".

unmittelbar und stärker betroffen und können vergleichsweise k ü r z e r e n Verhandlungswiderstand leisten.

All dies versetzt faktisch die ArbG-Seite in eine stärkere Verhandlungsposition, die ihr die Macht gibt, bei den Auseinandersetzungen mit der ArbN-Seite ihre Bedingungen durchzusetzen.[4)]

Faktisch unterlegen sind entsprechend die ArbN in dem Sinn, daß sie sich bei der Organisierung des Unternehmens bisher nur eine Minderheits-oder untergeordnete Rolle vorbehalten, obwohl ihre Leistung für die Produktivität des Unternehmens unbedingt erforderlich, wie das Kapital ist.

8. Wieweit stellen die bisherigen rechtlichen Vorkerungen(BetrVG-Unternehmensverfassung-Arbeitskampf-TV) eine angemessene Gleichgewichtslage her ?

Die Frage, die sich nunmehr stellt, lautet:Wird vielleicht das festgestellte Übergewicht der Kapitalgeber durch die im BetrVG oder im Mitb-Gesetz eingeräumten Mitb-Rechte ausgeglichen, so daß eine weitere tarifvertragliche Erweiterung das schon hergestellte Gleichgewicht stören würde ?

a) Allgemeines.

Fast allgemein ist die Auffassung, daß das Gleichgewicht der Sozialgegner, das eine Voraussetzung der Tarifautonomie ist und nach Zöllner/Seiter die"Richtigkeitsgewähr" bietet, sich auf Macht bezieht.[5)] Weiter,wie es Zöllner/Seiter formulieren, fehle es auf der individualvertraglichen Ebene an der "Richtigkeitsgewähr" des Einzelarbeitsvertrages.

Geht es um das Ungleichgewicht zwischen dem ArbG und dem einzelnen ArbN, so unterliegt es keinem Zweifel, daß es auf dem Kapitalbesitz von ArbG beruht.

Das zugunsten der ArbN anerkannte Vereinigungsrecht

4)Siehe meine Ausführungen zur Unternehmerfreiheit S.12f., 106 und 95
5)Zöllner/Seiter,aaO S.52ff(54 Fn.157,158)
6)Zöllner/Seiter, aaO S.53

ermöglicht zwar eine Verringerung des Ungleichgewichts, ist aber aus sich allein nicht imstande, eine Gleichgewichtslage herbeizuführen. Würde diese These der Wahrheit nicht entsprechen, so sollte die staatliche Arbeitsschutzgesetzgebubg keinen Geltungsgrund haben. Daß Vereinigungsrecht der ArbN und Arbeitsschutzgesetzgebung parallelgehen, ist dadurch zu erklären, daß der ArbG, trotz des Vereinigungsrechts der ArbN, das soziale Übergewicht behält.

Welcher Bezugspunkt ist aber maßgebend, mit dem festzustellen ist, daß ein Gleichgewicht hergestellt wird ?

Versteht sich das Gleichgewicht zwischen ArbN und ArbG als Gegenüberstellung zweier gleich stark wirkender Verhandlungsmächte, so ist nicht zu bezweifeln, daß die durch das Vereinigungsrecht herbeigeführte Verstärkung der ArbN von dem gesetzten Ziel bei weitem zurückbleibt.

Hat dagegen das sog. Gleichgewicht den Sinn, daß die Kapitalgeber auf jeden Fall das lezte Wort im Unternehmen behalten, dann kann man von der Herstellung eines Gleichgewichts,wie es auf der individualvertraglichen Ebene der übrigen Verträge der Fall ist, keine Rede mehr sein.

b) Stellungnahme von Biedenkopf.

Biedenkopf vertritt die Ansicht, daß durch die paritätische Mitbestimmung im Unternehmen die Polarität der sozialen Gegenspierer institutionell überwunden wird.[7] Damit will Biedenkopf zum Ausdruck bringen, daß durch die Einführung der paritätischen Mitbestimmung eine solche Gleichgewichtslage entsteht, die mit einer weiteren Beibehandlung des Arbeitskampfes unvereinbar ist.

Diese im ersten Augenblick eindrucksvolle Argumentation hält einer gründlicheren Kritik nicht stand. Die bisherige Verteilung der funktionellen Rollen in den Unternehmensorganen zwischen Kapital-und ArbN-vertretern ist nur das Ergebnis-nicht die Ursache- einer Macht-

7) Biedenkopf in Festschrift für Kronstein 1967 S.79ff

situation, die schon vorliegt. Durch die Umverteilung der unternehmerischen Rollen wird das Ergebnis, nämlich ein erworbenes Recht der ArbG abgebaut, die Investitions-und Finanzierungsmacht der ArbG aber, die ihnen bei den Machtverhandlungen mit den ArbNern die Oberhand gibt und die zu der gegenwärtigen Rollenverteilung geführt hat, wird dadurch nicht berührt. Unter solchen Umständen könnte die paritätische Mitbestimmung das Machtgleichgewicht zwischen Kapital und Arbeit nicht herstellen, sondern höchstens eine größere Berücksichtigung der Sozialaspekte mit sich bringen.

Der Fehler derjenigen Autoren, die die erweiterte Mitbestimmung und den Arbeitskampf für unvereinbar erklären, ist darin zu sehen, daß sie die Intersessen des Unternehmens mit den Interessen der Kapitalseite identifieren. Dies ist aber nicht n o t w e n d i g der Fall. Der Konflikt besteht im Grunde nicht zwischen ArbN und Unternehmen, sondern nur zwischen Kapitalgebern und ArbN. Wenn es heute den Anschein gibt, daß die Arbeitnehmerinteressen den Interessen des Unternehmens entgegenstehen, so ist dies nur bedingt und nur solange der Fall, als die Kapitalgeber sozial stärker sind, solange nämlich ihr soziales Übergewicht sie dazu befähigt, das Unternehmen allein zu organisieren, die Unternehmensleitung zu legitimieren und dadurch eine kapitalfreundliche Unternehmenspolitik durchzusetzen.

c) Eigene Stellungnahme

Zunächst ist klarzumachen, daß die Frage, welche Gleichgewichtslage angemessen ist, eine rechtliche Frage ist, die von der heute herrschenden Sozialordnung und den von ihr allmählich aufgesetzten Maßstäben nicht beeinflußt werden darf.

Die Antwort hängt entscheidend davon ab, welches Maß an Verhandlungsmacht dem Kapitalgeber vom GG her garantiert wird, m.a.W. welches Wertverhältnis zwischen beiden Gütern-Kapital und Arbeit-besteht, das den grundrechtlichen Schutz zwingend genießt.

Eine richtige Stellungnahme dazu ist nicht möglich, wenn man nicht berücksichtigt,daß die Verhandlungsmacht,über die die Produktionsmittelbesitzer verfügen, nicht, wie es mit den übrigen Grundrechten der Fall ist, feststeht, sondern vom Konzentrationsgrad der Produktionsmittel abhängig ist. Je mehr diese Konzentration wächst, desto mehr wächst die Angewiesenheit der übrigen-besitzlosen-Leute und entsprechend die Verhandlungsmacht der Kapitalgeber.

Diese Feststellung kann nicht ohne rechtliche Konsequenzen bleiben. Sie weist darauf hin, daß die Verhandlungsmacht der Kapitalgeber, die ihre Selbstbestimmungsmacht entscheidend beeinflußt, nicht eine feste Dimmension einnimmt, sondern in Beziehung mit der konkreten Verteilung der Produktionsmittel steht, mit einem Zustand also,der mit der Weitergeltung der Eigentumsgarantie nicht n o t w e n d i g verbunden ist. Denn die Eigentumsgarantie ist nicht nur dann als gültig anzusehen, wenn die Produktionsmittel in wenigen Händen, wie heuzutage, konzentriert sind. Sie gilt ebenfalls, wenn die Produktionsmittel auf mehrere oder auf alle Leute verstreut sind.

Daß es in einer Rechtsordnung, die die wirtschaftsfreiheit zu einem Grundwert erhebt, zu ungleichen Besitzverhältnissen kommen kann, ist selbstverständlich und vom GG akzeptiert. Daß aber der Umfang des Grundschutzes, der den Kapitalgebern als Arbeitgebern zusteht, durch die in conkreto herrschende Produktionsmittelverteilung z w i n g e n d bestimmt wird, ist mit der Grundrechtsordnung unvereinbar. Eine solche Auffassung würde darauf hinauslaufen, daß die Grundrechtsgarantie je nach der herrschenden Sozialordnung variiert, daß also die jeweilige Sozialordnung verfassungsrechtlichen Rang besitzt.[5)]

Die Wirtschaftsfreiheit führt zwar zu einer bestimmten Sozialordnung, die von den herrschenden Besitzverhältnissen gekennzeichnet und vom Gesetzgeber berücksichtigt wird, die Grundpositionen aber, auf die die Wirtschafts-

5)Für eine verfassungsrechtliche Garantie der sog.Sozialordnung ist Galperin DB 1966,620ff(625);ders.Der RegE eines neuen BetrVG 1971 S.6,8,43,50ff;zutreffende Kritik daran hat Hoffman geübt in AuR 1971,271ff 273,274)

freiheit selbst zurückzuführen ist, darf nicht differenzieren. Das Maß an wirtschaftsfreiheit, das jedem Menschen vom GG her g l e i c h zusteht, bleibt durch die konkrete Entwicklung der Sozialordnung unberührt. Darum geht es.

Wäre die gegenwärtige Sozialordnung gewährleistet, dann wäre die freiheitliche Ordnung im K e r n verletzt. Denn freiheitliche Ordnung bedeutet, daß alle Menschen vom GG her nicht nur frei, sondern gleich frei sind, die Grundrechte zu genießen, um ihre Persönlichkeit zu entfalten. Im Falle aber, daß der gegenwärtigen Verhandlungsmacht der Kapitalseite grundrechtlicher Schutz zuerkannt wird, wird die von der Grundrechtsordnung garantierte Selbestimmungsmacht v o n A n f a n g a n u n g l e i c h v e r t e i l t. Die freiheitliche Ordnung wird im Ergebnis aufgehoben.

Wenn nun die Grundrechtspositionen von der konkreten Sozialordnung nicht beeinflußt werden dürfen, dann wird den Kapitalgebern vom GG her diejenige Verhandlungsmacht gewährleistet, die ihnen zustände, wenn die Produktionsmittel unter allen Leuten gleich verteilt wären. Je mehr sich die Verfassungswirklichkeit diesem Leitbild annähert, desto mehr werden die vom GG zugrundegelegten Voraussetzungen für gleich freie Entfaltungsfreiheit erfüllt..

Wie das BVerfG in einer seiner grundlegenden Entscheidungen [6] ausgesprochen hat, ist für die Verfassungsauslegung ohne Bedeutung, ob sich die Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik mit diesem Leitbild allenth alben deckt. Vielmehr fordere die im GG zum Ausdruck gekommene Denkweise."....daß das politische und soziale Leben auf dieses Leitbild hin entwickelt werde.."[6], daß sich also die Verfassungswirklichkeit am Leitbild der geschriebenen Verfassung ausrichten müsse. Der gelebte Verfassungszustand müsse stets der rechtlich geltenden Verfassung soweit als möglich angenähert werden.[7]

---

6)BVerfG 5,196

7)So hat sich ausdrücklich Maunz ausgesprochen in Deutsches Staatsrecht 2 Aufl. S.56

Sind nun durch das BetrVG oder das Mitb-Gesetz den ArbNern soviele Mitb-Rechte eingeräumt, die ihnen zugesprochen wären, wenn alle Leute über das gleiche Produktionsvermögen und deshalb über die gleiche Verhandlungsmacht verfügten ?

Die Antwort ist mehr als klar: Bei einer solchen Sozialordnung wären die Mitb-Rechte nicht nur paritätisch, sondern überparitätisch ausgestaltet. Daß das BetrVG davon weit zurückbleibt, bedarf keines näheren Nachweises, unter Berücksichtigung dessen, daß die höchste Mitbestimmungsform, die es bei den sozialen Angelegenheiten einführt, die paritätische Mitbestimmung nicht überschreitet.

Das MitbG geht zwar einen Schritt weiter, indem es alle- auch die unternehmerischen Angelegenheiten-von der Zustimmung der ArbN-Seite abhängig macht. Da aber bei Pattsituationen das letzte Wort der ArbG-Seite überlassen wird, befindet man sich noch v o r der Schwelle der paritätischen Mitbestimmung.

Solange daher die gesetzlichen Mitbestimmungsregelungen den Rechtszustand der überparitätischen Mitbestimmung in irgendeiner Form nicht realisieren, sind die Tarifparteien nicht gehindert, auf eine solche Entwicklung h in tarifvertraglich zu arbeiten.

Dies bedeutet zweierlei: Der Gesetzgeber ist berechtigt in Erfüllung des Sozialstaatsprinzips die Voraussetzungen der Arbeitsvertragsfreiheit durch hoheitlichen Eingriff zu schaffen. Bis zu der gekennzeichneten Grenze darf er aber nur Mindestbestimmungen zugunsten der ArbN treffen, im übrigen muß er das Selbstbestimmungsrecht voll gelten lassen.[8] Bei den Mitbestimmungsregelungen ist notwendig zu berücksichtigen, daß es sich um materielle Disposition[9] zwischen zwei Privatsubjekten-dem ArbN und dem ArbG- und nicht zwischen Staat und Privaten handelt.

8)Im Ergebnis zustimmend Roscher RdA 1972,279ff(282lin.Sp.)

9)Wenn es aber um Gesetze geht, die den Arbeitsprozeß ordnen(Gesetze mit Strukturgestaltendem Charakter),kann der Gesetzgeber sie gegenüber beiden Parteien zwingend vorschreiben zB organisatorische Bestimmungen,weil sie keine materielle Disposition sind,dazu Däubler,aaO S.211ff

Eine zweiseitig zwingende Regelung trifft das Selbstbestimmungsrecht beider Seiten nicht gleich. Denn die kollektivvertagliche Einigung realisiert die Vertragsfreiheit nur für die ArbN-Seite.Für die ArbG-Seite ist Garantie für ihre Vertragsfreiheit das durch die Produktionsmittelkonzentration gewonnene soziale Übergewicht.Während die schlechtin zwingende Regelung die ArbN-Seite daran hindert, das schon entstandene Machtgefälle gegenüber der ArbG-Seite auszugleichen, läßt sie die gewonnene wirtschaftliche Macht des ArbG unberührt.[10)]

Schluß:Die Mitb-Rechte, die eine materielle Disposition zwischen ArbN und ArbG darstellen, sind nur als Mindestbedingungen zu verstehen,die der Gesetzgeber in Erfüllung des Sozialstaatsauftrags zugunsten des ArbN gesetzt hat.[11)]

9. Sozialstaatsprinzip und Sozialordnung.

In Anwendung der schon getroffenen Feststellungen über den den Sozialstaat sind die Forsthoff'schen Thesen entscheidend abzulehnen.Forsthoff will die "Regulierung"der sog. Machtlagen[12)] nicht dem Sozialen zurechnen und damit aus der Sozialstaatsproblematik ausklamern.

Die Machtlagen sind aber da und der Sozialstaat ist eben darauf ausgerichtet, die schon gebildeten Machtpositionen abzubauen.Daß die Mitbestimmung zu den Postulaten des Sozialstaates gehört, ergibt sich schon daraus, daß der Sozialstaat die Realisierung der Voraussetzungen der Entfaltungsfreiheit verfolgt,für die die Mitbestimmung ein wesentliches Element ist.[13)] Die Auslegung Forsthoffs gerät so in direkten Widerspruch mit dem freiheitlichen Charakter der Grundrechts-

10) Zu einer solchen Auslegung führt auch der Wortlaut des Art.9 III GG. Die Koalitionsfreiheit ist nicht nur zur Wahrung, sondern auch zur Förderung der Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen gewährleistet. Förderung heißt aber etwas mehr als die Aufrechterhaltung des sozialen status quo der ArbN. Förderung bedeutet eine Verbesserung nicht nur gegenüber der Vergangenheit, sondern auch gegenüber dem ArbG. Wenn aber der Abstand zwischen ArbN und und ArbG derselbe bleit,gibt es tatsächlich keine Förderung

11)Das BAG hat ausgesprochen, daß die Koalitionen sich nicht sozial inadequat verhalten dürfen.So sei die tarifverglich unterschiedliche Behandlung zwischen Organisierten und Außenseitern sozialinadäquat. Die Entscheidung betrifft aber das Verhältnis zwischen Koalitionen und Dritten,nicht zwischen Koalitionen miteinander und gibt für die Frage der Ausgestaltung der beiderseitigen Rechte nichts her, JZ69,105

12)Forsthoff in Rechtsstaatlichkeit u.SozialstaatlikeitS.151f

13)Hueck-Nipperdey,aaO II/1S.45:"Zum soz.Rechtsstaat gehört das Mitb-Recht".

ordnung.

Forsthoff kommt aber auch mit seinen Aussagen in Widerspruch, indem er einerseits im Sozialstaat "den Verzicht auf die Konversion der Sozialfunktionen in Herrschaftsfunktionen" sieht , andererseits aber akzeptiert,[14] daß die Sozialfunktionen von der herrschenden Schicht in Machtfunktionen konvertieren.Diese Feststellung gilt freilich auch für die heutige Sozialordnung.
Wie kann man bei Zugrundelegung einer solchen Feststellung die schon vollzogene Konversion der Sozialfunktionen in Machtfunkionen akzeptieren, eine gegenwärtige Konversion aber ablehnen?[15]

VI. K a p i t e l

1. Sind die Tarifparteien an die Grundrechte gebunden ?

Nach dem Sozialstaataprinzip kommen die Grundrechte in Betracht, die der Normsetzung der Tarifparteien im Wege stehen können.
Bevor man aber dieser Problematik nachgeht, gilt es die Frage zu stellen, ob die Tarifparteien überhaupt an die Grundrechte gebunden sind, weil sie gleichzeitig Privatsubjekte sind.
Von der Stellungnahme gegenüber dieser Problematik hängt zunächst die mögliche Intensität der Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse ab.
Von allen Theorien,[16] die die Grundrechtsbindung der Tarifparteien bejahen, verdient die Delegationstheorie besondere Aufmerksamkeit.
Die Verfechter der Delegationstheorie[17] vertreten die Ansicht, wenn der staatliche Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden sei,so gelte dies umso mehr für die Sozialpartner, die abgeleitete,übertragene Normsetzungsbefugnis ausüben(§ 1 TVG).

14) Forsthoff in Rechtstaatlichkeit u.Sozialstaatlichkeit S.151
15) Siehe Kritik daran in Hartwich,Das Sozialstaatspostulat S.336
16) Eine umfassende Darstellung siehe bei Däubler aaO S.218f
17) BAG AP Nr.4,6 und 7 zu Art.3 GG,ständ.Rechtsprechung; Biedenkopf,Die Grenzen S.73;Hueck-Nipperdey aaO II/1 S.373ff;Hueck-Nipperdey-Stahlhacke,TVG Komm.Rn27;Karakatsanis,Die Kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses S.123f;Herbert Krüger RdA 1957,201;G.Küchenhoff,FS für Nipperdey,II S.340;Leisner,Grundrechte und Privatrecht S.338.

Diese Argumentation ist nicht überzeugend, wenn auch die Delegationstheorie in ihrer Konzeption richtig wäre. Ihr wäre nur zuzustimmen, wenn die Grundrechtsbindung eine Erscheinung wäre,die der Normsetzung innewohnte.

Es ist zwar richtig,daß der staatliche Gesetzgeber gemäß Art.1 III GG in jedem Fall an die Grundrechte gebunden ist. Die Frage aber, ob außerhalb der staatlichen Gesetzgebung, jede andere, von anderen Trägern ausgeübte unabdingbare Normsetzung der Grundrechtsbindung unterliegt, bedarf einer teleologischen Auslegung des Art.1 III GG. Wenn der staatliche Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden ist,so gilt dies nicht einfach deswegen,weil er Normen setzt, sondern weil er die Lebensverhältnisse aller Bürger so universell und total erfaßt, daß der Einzelne über keine ernste rechtliche oder zumindest faktische Möglichkeit verfügt, die staaliche Gesetzgebung wesentlich zu beeinflussen oder ihr auszuweichen.

Eben die Machtlosigkeit,das Unvermögen des Einzelnen als Individuum gegenüber der staatlichen Allmacht gebietet, trotz aller demokratischer Legitimation,die Grundrechtsbindung des staatlichen Gesetzgebers.[18)]

Ist aber nicht der Staat,sondern eine andere Instanz Normsetzer, die einen beschränkten Kreis erfaßt,dann ist ein unvermeidliches Subordinationsverhältnis zwischen dem Normsetzenden und den Normunterworfenen nicht automatisch gegeben,wie es zwischen dem Staat und den Bürgern der Fall ist. Das Abhängigkeitsverhältnis variiert je nach den vorhandenen Möglichkeiten der Normunterworfenen, sich der Normsetzungsgewalt mit oder ohne peinliche Konsequenzen zu entziehen.

Diese Möglichkeiten können von Faktoren abhängig sein, die sozialwirtschaftlicher Natur und deshalb einer rechtlichen Beurteilung nicht zugänglich sind.

---

18) Solchen Machtgefällen verdankt die Drittwirkungslehre ihre Entstehung.

Die Tatsache,daß ein Normunterworfener sozialwirtschaftlich so stark ist, daß er seine Interessen auch außerhalb des normsetzenden Verbandes[19] genug wirksam wahrnemen kann, ist nur ein Faktum. Fakten sind aber nicht delegierbar.
So ist die Frage aufgeklärt:Der Staat kann freilich Normsetzungsbefugnisse delegieren. Ob aber bei einer abgeleiteten Normsetzung die Grundrechte anzuwenden sind,hängt vom Vorliegen auch tatsächlicher Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Normsetzenden und Normunterworfenen ab, die an sich nicht delegierbar sind.

2. Anwendung der Grundrechte auf die Koalitionsmitglieder.

Ausgangspunkt ist der Schutzzweck der Grundrechte.
Geht man mit der getroffenen Feststellung davon aus,daß der Hauptgrund für die Grundrechtsbindung des staatlichen Gesetzgebers nicht seine Normsetzungsbefugnis an sich, sondern seine unwiderlegbare Allmacht gegenüber dem Einzelnen ist, so ist das Heranziehen der Grundrechte überall dort geboten, wo auch soziale Gewalten vergleichbare Macht ausüben.[20]
Stellen die Tarifparteien eine"soziale Gewalt" dar, der ihre Mitglieder in ähnlicher Weise ausgeliefert sind,dann müssen die Grundrechte,soweit das Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, ebenfalls Anwendung finden.
Es gibt drei Maßstäbe, an denen das Schutzbedürfnis des Normunterworfenen zu messen ist:[21]

a) Die Eingriffsintensität,nämlich die Art und der Umfang der den Einzelnen treffenden Abhängigkeit.

b) Die Einflußnahme, die der Normunterworfene als Einzel-

19) Dies ist möglich, wenn die Legitimation des Normsetzenden auf der freiwilligen Unterwerfung der Normunterworfenen beruht,wie dies bei den Koalitionen der Fall ist.
20) Für Grundrechtsschutz gegenüber sozialen Gewalten sind: Abendroth,Das GG,S.74;Enneccerus-Nipperdey,Allgemeiner Teil des Bürgerl.Rechts 15.Aufl.Bd.1 S.96;Ballerstedt,Die Grundrechte,III/1 S.59;Hesse ,Grundzüge des Verfassungsrechts 5.Aufl. S.149;Leisner,Grundrechte und Privatrecht S.382.
21) Über die Maßstäbe siehe ausfühlich Däubler aaO S.227.

ner auf die Willensbildung des Normsetzenden auszuüben vermag.

c) Die Unentrinnbarkeit der Normunterworfenheit.

Erfaßt die Kollektivgewalt einen zentralen Lebensbereich der Normunterworfenen, die ihrerseits als einzelne Mitglieder keine relevante Einflußnahme auf die Bildung des Kollektivwillens ausüben können, während gleichzeitig ein Ausweichen davon nur unter unzumutbaren Opfern zu erreichen ist, so ist die Anwendung der Grundrechte zu bejahen.

3. Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers.

Es ist nicht zu leugnen,daß die kollektivvertragliche Rechtssetzung einen wesentlichen Teil der individuellen Existenz des ArbN betrifft,wenn man sie auch nur auf die Festlegung der Lohn-und Arbeitbedingungen beschränkt. Es liegt auf der Hand,daß dadurch die ganze Lebensführung des ArbN determiniert wird,so daß von Tragweite und Intensität her die Tarifnormen dem staatlich gesetzten Recht vergleichbar sind.[22)]

Die Einwirkung des einzelnen ArbN auf den Willen der Gewerkschaft ist ungefähr so groß, wie die des einzelnen Bürgers auf den Willen des Staates.

Ist aber die Normunterworfenheit unausweichlich ?

Zunächst steht fest,daß die Unausweichlichkeit dann gegeben ist, wenn es um betriebsverfassungsrechtliche Normen (§ 3 II TVG) wie auch gemäß § 5 TVG um eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung geht.

Bei"Inhaltsnormen" kann der ArbN ihre Wirkung durch Austritt aus der Gewerkschaft vermeiden.

Bringt der Ausstritt aber eine Verringerung der sozialen Gefahren, denen der Lohnabhängige ausgeliefert ist,oder stellt er letzten Endes für den ArbN ein unzumutbares Opfer dar ?

Wenn heute die Behandlung der Außenseiter grundsätzlich

---

22)Zustimmend Däubler,aaO S.228ff.

wie die der Organisierten ist, so ist dies nur auf die Existenz einer starken Gewerkschaft zurückzuführen.
Das Interesse der ArbG-Seite,die Gewerkschaft so schwach wie möglich zu halten, zwingt sie dazu, den Außenseiter wie den organisierten ArbN zu behandeln,um einen massenhaften Beitritt zur Gewerkschaft zu vermeiden.[23)]
Wäre aber die Gewerkschaft schwächer oder aus der Welt geschafft,so wäre es dem ArbG praktisch viel leichter, sich unsozial zu verhalten.
Dies bedeutet für den ArbN, daß sein Verbleiben bei der Gewerkschaft,langfristig gesehen, die wirksamste Garantie für die Wahrnehmung seiner Interessen darstellt.
Das Bewußtsein von der Notwendigkeit der Gewerkschaft wirkt sich beim ArbN so zwangsläufig aus, daß es unzumutbar wäre, wollte man auf die Ausstrittsmöglichkeit hinweisen.[24)] Dieser Hinweis ist im sozialen Bereich demjenigen vergleichbar, der Bürger könne statt der staatlichen Gewalt die staatsfreie Unordnung vorziehen.
Ergebnis: Die Tarifparteien sind an die Grundrechte des organisierten ArbN gebunden.

4. Die Abhängigkeit des Arbeitgebers.

Hier fällt besonders ins Gewicht, daß der ArbG auch als Einzelner gemäß § 2 I TVG Tarifpartei ist. Das ist der beste Nachweis dafür, daß der ArbG auch allein wegen seiner wirtschaftlichen Macht imstande ist, seine Interessen wirksam zu vertreten.Als gleichgeordnetes Subjekt bildet er gegenüber der Gewerkschaft allein seinen Willen undkann deshalb über seine Rechte frei verfügen.
Ist er Mitglied einer ArbG-Vereinigung, so ist trotzdem seine Stellung gegenüber der Vereinigung im Vergleich zu der des ArbN grundsätzlich verschieden.

---

23) vgl Wiedemann RdA 1969,327ff
24) Im Ergebnis zustimmend Däubler,aaO S.229ff.

Im Arbeitgeberverband herrscht nicht der Grundsatz: Ein Mitglied gleicht einer Stimme. Hier zählen nur Beschäftigtenzahlen, was Mehrheitsrechte von gigantischen Ausmaßen garantieren kann, besonders bei den oligopolistischen Wirtschaftszweigen.[25)]

Die Willensbildung des ArbG-Verbands ist das Spiegelbild des Willens der einzelnen Unternehmen.

Bei einer Majorisierung ist das Mitglied imstande, sich der Tarifwirkung nicht nur rechtlich,sondern auch tatsächlich zu entziehen,ohne schmerzhafte Opfer,freilich nach Beendigung des TV gemäß § 3 III TVG.[26)]

Nach seiner Ausstritt behält er trotzdem seine wirtschaftliche Macht,die ihn allein in die Lage versetzt, seine Interessen wahrzunehmen. Die Gefahr, daß eventuell die ArbN bei Abweichung von der bisherigen Tarifordnung in großen Mengen abwandern[27)] ist nur theoretisch,weil solche Abwanderungsvorgänge für die Lohnabhängigen mit großen wirtschaftlichen und psychologischen Schwierigkeiten verbunden sind und in den Augen der ArbN grundsätzlich der alte wirtschaftliche Standard zählt.

Daß der ArbG an das durch die meisten Tarifbestimmungen indizierte wirtschaftliche Niveau gebunden ist,spricht nicht für eine Art Abhängigkeit des ausgeschiedenen ArbG. Diese Abhängigkeit ist Ausfluß der Marktgesetzlichkeiten und bestünde fort, wenn auch der ArbG-Verband nicht existierte.[28)]

Sofern die neuen Firmenbedingungen an dem allgemeinen Wirtschaftsniveau festhalten, gibt es auch praktisch keine Furcht, daß die ArbN die Übernahme des Verbandstarifs erstreiken. Die ArbN sind nicht bereit, für zweifelhafte Vorteile die Sicherheit ihres Arbeitsplatzes durch Streik zu riskieren.[29)]

Während also für die ArbN das Verbleiben bei der Gewerk-

---

25) So Däubler,aaO S.231.
26) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke Komm.zum TVG 4.Aufl.§3 Rn.23,§4 Rn.66.
27) Siehe ausführlich Däubler,aaO S.231.
28) Buchner,DB 1970,2028 mwN.
29) Zur Zulässigkeit der lösenden Aussperrung siehe Säcker DB 1960,1942ff;RdA 1971,185ff.

schaft,langfristig betrachtet, eine Existenzfrage ist, trifft der Ausstritt des ArbG aus der ArbG-Vereinigung seine Verhandlungsposition nur am Rande.
Diese Feststellungen treffen durchaus zu,soweit es die Großunternehmen angeht. In Bezug auf die mittleren und kleinen Unternehmen , die meist die Position von Zulieferern [30] einnehmen,ist aber das Ergebnis nicht verschieden. Denn in den kleinen Unternehmen ist auch der Organisationsgrad der Belegschaft relativ gering[31] und die ArbN sind an dem wirtschaftlichen Niveau der Branche,nicht an den konkreten Normen des bisherigen TV, interessiert.[32] Die Frage, ob ein kleines Unternehmen an dem Gesamtniveau festzuhalten vermag,hat aber nichts zu tun mit seinem Verbleiben oder Ausstreten aus dem ArbG-Verband.
Diese Überlegungen werden auch vom Gesetz mittelbar bestätigt. Brächte der Austritt des ArbG aus der ArbG-Vereinigung den Verlust seiner Verhandlungsfähigkeit mit sich, dann müßte ihm mit seinem Austritt die Tariffähigkeit aberkannt werden. Das ist aber nicht der Fall.
Schluß: Die Tarifparteien sind an die Grundrechte des ArbG nicht gebunden.

VII Kapitel

1. Einflußnahme der Grundrechte bei gleichgeordneten Subjekten.

Die bisherigen Ausführungen haben die Feststellung erlaubt,daß die Tarifparteien an die ArbG-Grundrechte nicht gebunden sind.
Dies bedeutet konsequenterweise,daß sowohl die Eigentumsgarantie als auch die Unternehmerfreiheit nicht der Gewerkschaft entgegengesetzt werden dürfen,um einen eventu-

30) Siehe dazu Däubler,aaO S.32 Fn 179 und S.233,234
31) Däubler,aaO S.234 mwN.
32) Däubler meint,daß nur in einem Ausnahmefall einer zu 100% organisierten Belegschaft könne die Ausübung von wirksamem Druck zugunsten der weiteren Geltung des Verbandstarifs denkbar sein. Höchstens könnten in Ausnahmefällen die Vorschriften der §§138,242 BGB herangezogen werden,siehe Däubler,aaO S.234

ellen Trend zu Lasten des sozialen Status quo der ArbG-Seite zu verhindern.
Im Ergebnis gilt also hier nichts anderes,als die der Privatautonomie zugrundeliegende Wertentscheidung,gleichgeordneten Subjekten den Weg zur Selbstbestimmung vom Staat her frei zu halten. Was hier nun einer Untersuchung bedarf, ist nur die Ermittlung der Reichweite dieser Wertentscheidung.
Denn auch die Privatautonomie gilt nicht schrankenlos,[30] sondern nur solange die Macht zur Selbstbestimmung besteht. Diese Macht fällt weg, nicht nur wenn die Vertragsbedingungen wegen Machtunterschieds faktisch einseitig diktiert werden,sondern auch wenn ein Vertragsteil im Namen der Vertragsfreiheit freiwillig auf sein Selbstbestimmungsrecht in einem solchen Umfang verzichtet, daß eine Wiederherstellung prinzipieller Gleichberechtigung aus eigener Kraft nicht mehr zurückgewonnen werden kann.[34]
Obwohl der"freie"Verzicht in der Regel Ausfluß eines zugrundeliegenden sozialen Machtgefälles zwischen den Vertragsparteien ist, bewegt man sich im Rahmen der Grund- und Privatrechtsordnung,wenn man auch einem freiwilligen Verzicht unabdingbare Grenzen zieht.
Diese Auffassung findet ihre Rechtfertigung vom GG her in Art.1 II GG, der die Menschenwürde "unveräußerlich" erklärt und sie zur "Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft" erhebt.[35]
Diese "Unveräußerlichkeit" impliziert von Staatswegen auch den Schutz des Menschen vor sich selbst,also vor mehr oder weniger freiwilliger Entscheidungen,die den Menschen in eine von Art.1 verbotenen Objektstellung ver-

---

33)Siehe Flume,Allgemeiner Teil des bürgerl.Rechts Bd 2, Das Rechtsgeschäft S.10f.
34)Däubler , aaO S.238.
35)Müller,RdA 1964,125; Raiser,Verhand. des 46.DJT S.B 10,spricht von einer "privatgestaltenden Wirkung der Grundrechte:Grüger,RdA 1957,205(r.Sp.) verweist auf innere Einheit der Rechtsordnung und auf das Verbot eines Leerlaufens der Grundrechte;Däubler,aaO S.236.

setzen können.[36]
Welcher Maß an"Unveräußerlichkeit" aber die Verfassung zwischen den Privatsubjekten verlangt,ist schwierig zu bestimmen,wenn man der Tatsache Rechnung trägt,daß die Grundrechte ihre volle Wirkung nur gegenüber dem Staat entfalten(Art.1 III GG).[37]
Was die Rechtsgenossen zueinander betrifft, hat sich das GG zum Selbstbestimmungsprinzip bekannt(Art.2 I GG). Es ist davon auszugehen, daß zwischen gleichgeordneten Subjekten, wie es im Privatrecht der Fall ist,ein Grundrechtsschutz nicht notwendig ist.[38]
Daß die Verfassung bei Gleichgordnetheit dem Selbstbestimmungsrecht die Präponderanz einräumen will,geht nicht nur aus Art.2 I GG,sondern auch besonders aus Art.9 III GG hervor,in dem die Verfassung selbst die Voraussetzungen für die Realisierung diesesRechts geschaffen hat. "Unveräußerlich" sind deshalb die Grundrechte in dem Sinn,daß das in ihnen liegende Selbstbestimmungsrecht nicht bis zu dem Punkt führen darf,daß es als Grundlage der Entfaltungsfreiheit nicht mehr funktioniert.

Stellt man die "Unveräußerlichkeit" als Maßstab zugrunde, dann bedeutet dies, daß der Spielraum der tariflichen Normsetzung viel breiter, als der des staatlichen Gesetzgebers ist. Diejenigen Autoren,[39] die das Eigentum auch gegenüber den sog. sozialen,organisierten Gewalten,ebenfalls wie gegenüber dem staatlichen Gesetzgeber schützen wollen,[39] verkennen nicht nur die negierende Funktion der Grundrechte, sondern darüber hinaus ein elementares Moment: Daß die Berufung auf die Vorrangstellung des Selbstbestimmungsrechts dem Eigentum gegenüber nichts mehr ist, als eine durchaus konsequente Anwendung desjenigen Prin-

36) Daß die Menschenwürde i.Sinne des Art.1 I GG den Menschen vor einer Objektsituation gegenüber der staatlichen Gewalt schützen will,siehe in BVefGE 27,1ff;Über dasVerbot der Objektivierung siehe Däubler,aaO S.155f.
37) Über die Grundrechtsbindung der Tarifparteien S.91ff
38) Zutreffend Zöllner,RdA 1964,448.
39) So aber Huber,Wirtschaftverwaltungsrecht Band II S.10 .

zips, dem das Eigentumsrecht selbst seine Entstehung verdankt. Wenn die Legitimation der Eigentumsgarantie gerade im Selbstbestimmugsrecht wurzelt,wäre es unvereinbar, wollte man dasselbe Prinzip nur deswegen nicht anwenden, weil es auf einer höheren Stufe,auf Kollektivebene seine Realisierung finden soll.

Kein anderes Ergebnis läßt die Lehre über die unmittelbare Drittwirkung[40] der Grundrechte zu.Denn sie bedeutet nur eine analoge Anwendung der Grundrechte auf die Beziehungen der Privatsubjekten,soweit zwischen ihnen ein Machtgefälle herrscht. Sie bedeutet aber nicht gleiche Immunität der Grundrechte gegenüber Rechtsgenossen,wie gegenüber dem Staat.[41] Unantastbarkeit der Eigentumsgarantie gegenüber den anderen Kontrahenten setzt voraus, daß die Verfassung die Wirtschaftsgüter gleich verteilt hat. Dann dürfte aber das Selbstbestimmungsrecht im wirtschaftlichen Bereich als tragender Verfassungsgrundsatz nicht anerkannt sein. Denn die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit führt von selbst zu Um-und Neuordnungen.

Nipperdey[42] hat zutreffend unterstrichen,daß in der Staatsrichtung die Grundrechte uneingeschränkt gelten, weil hier nur ein Grundrechtsträger vorliege, der dem an die Grundrechte gebundenen Staat gegenüberstehe. Dagegen sei im Verhältnis der Privatsubjekte zueinander zu beachten,daß jeder von ihnen Grundrechtsträger ist und sich auf die Freiheitsrechte berufen könne.[42]

Wenn der freiheitliche Gehalt der Grundrechte das Grundmerkmal der Verfassung sei, so bedeute dies von selbst,daß die gegenüberstehenden Grundrechtsträger die Freiheit haben, ihre Rechtspositionen voneinander abzugrenzen,d.h gewisse

---

40) Besonders vertreten von Nipperdey,FS für Molitor S.26ff; W.Leisner,Grundrecht und Privatrecht S.388 mwN und 356ff.

41) Zu welch unerträglichen und mit den übrigen Grundrechten widersprüchlichen Ergebnissen eine unmittelbare Anwendung der Grundrechte auf die Privatbeziehungen führen könnte siehe Ramm,Einführung in das Privatrecht I S.287;vgl M. Wolf,Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich S.22ff;Dürig,FS für Nawiasky zum 75.Geb. S.168,173,176,177.

42) Nipperdey in FS für Molitor S.27.

43) Nipperdey,ebenda.

Einschränkungen ihrer grundrechtlichen Positionen wirksam zu vereinbaren.[43)]

Wenn die Grundrechte also überhaupt eine Wertentscheidung auch zwischen den Grundrechtsträgern darstellen, so entfalten sie ihre Wirkung erst dann, wenn im Namen des Selbstbestimmungsprinzips die Grundrechte von ihrem freiheitlichen Gehalt soweit entleert werden, daß sie ihre Funktion für die Entfaltung der Persönlichkeit nicht mehr erfüllen können.[44)]

So verstanden können sie nur äußerste Grenzen der Gestaltungsfreiheit markieren.[45)]

Die Frage kann also nur darin bestehen, wieviel an Grundrechtsgehalt unbedingt notwendig ist, damit die Menschenwürde[46)] i.Sinne der freiheitlichen Konzeption (Art.1 I und Art.2 I GG) nicht verletzt wird.[47)]

Der Kernbereich[47)] von "Unveräußerlichkeit" hängt von den jeweils herrschenden Auffassungen über die Menschenwürde ab, wie sie zB auch im Privatrecht in der Form des Rechtsmißbrauchs oder der unabdingbaren Schutzvorschriften zugunsten der Persönlichkeit zum Ausdruck gekommen sind.

2. Menschenwürdegehalt der Eigentumsgarantie.

Abzulehnen ist zunächst die Auffassung,[48)] daß den Tarifparteien ein schrankenloser Spielraum zur Verfügung stehe, mit der Begründung, daß Art.14 I 2 und 14 III GG einen staatlichen Eingriff voraussetze.

Art.14 I 2 und 14 III GG regeln nur den Fall, wonach der Eingriff vom Staat kommt. Art. 14 sagt aber nichts über den Fall aus, wenn der Eingriff von anderer Seite unternommen wird. Ein argumentum e contrario ist nicht zutref-

44) So wäre der Menschenwürdegehalt des Art. 12 GG verletzt, wenn die Karenzzeit so lange bemessen würde, daß wegen Verlust der entsprechenden Kenntnisse (Dolmetscher) oder Lizenzen (zB Pilot) eine Wiederaufnahme des bisherigen Berufs unmöglich würde. (zitiert von Däubler, aaO S.238 Fn.107).

45) M.Wolf, aaO S.22,25; Däubler, aaO S.237

46) Daß die Menschenwürde als Grundrechtsgehalt um jeden Preis unantastbar ist siehe BVerfGE 6,32ff(41); 27,1ff(6); 27,344f (351). Das BVerfG vertritt die Ansicht, daß die Menschenwürde von der staatlichen Gewalt nicht nur geachtet, sondern auch geschützt werden muss.e.

47) Leisner, aaO S.389, Vertreter der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte hält einen Kernbereich für unantastbar.

48) Kimminich in BK Art.14 Rn.25; Mangoldt-Klein, Das Bonner GG S.422; Haas, System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten, S.32ff; Dürig, ZStW 1953,339; Schle, JZ 1955,255.

fend. Denn nicht ohne Berechtigung kann der Standpunkt vertreten werden, die Verfassung habe hier eine Anwendung der Prinzipien der Privatrechtsordnung als ausreichend angesehen, die aber ihrerseits einer Drittwirkung der Grundrechte nicht entzogen sind.[49]

Abzulehnen ist auch die gegenteilige Auffassung, das Eigentum habe eine abschließende Konkretisierung durch die Normen des bürgerlichen Rechts erfahren (§903ffBGB). Denn hier geht es nicht um die Abwehrbefugnisse des Eigentümers gegenüber außervertaglichen, ohne seinen Willen stattfindenden Eingriffen, sondern darum, ob auch bei vertraglichen Dispositionen ein Minimum an Tauschgerechtigkeit als Voraussetzung wirksamer Disposition vom GG her verlangt wird.

Offensichtlich ist, daß die Sachherrschaft als solche nicht dieses Minimum ausmacht, weil es eben im Wesen der Eigentümerbefugnisse liegt, über sein Recht nach freiem Gutdünken zu verfügen.[50]

Hier geht es auch nicht um neue Eigentumstypen, sondern um Verpflichtungen des ArbG gegenüber dem BRat.

Wichtiger Ausgangspunkt kann die Feststellung sein, daß die hier gestellte Frage nicht bei jedem, sondern nur bei unternehmerisch eingesetzte Eigentum Platz greift.

Das Vermögen kann entweder vom Eigentümer selbst oder durch den Einsatz fremder Arbeitskräfte ausgenutzt werden. Diese Feststellung zwingt dazu, den Menschenwürdegehalt nicht einheitlich, sondern in Zusammenhang mit dieser Unterscheidung zu vermitteln.[51]

---

49) Ausdrücke wie "Schranken und Inhalt des Eigentums werden durch Gesetz bestimmt" verdanken ihre Entstehung dem Konstitutionalismus und können bei richtiger Würdigung nicht ausschlaggebendes Gewicht besitzen, so auch die Stellungnahme Däublers aaO S.250.

50) Däubler, JZ 1969,499; ders. Das Grundrecht auf Mitbestimmung S.251.

51) Von einer solcher Differenzierung geht auch Radke aus in FS für Brenner S.130ff; ihm folgt Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung S.251ff.

a) Menschenwürdegehalt bei den individuell genutzten Vermögensgegenständen und den der eigenen Arbeit dienenden Produktionsmitteln.

Bei diesen Gütern gibt es einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen ihnen und der Persönlichkeitsentfaltung. Der Einsatz solcher Mittel ist für den Menschen nicht einfach zweckmäßig. Er ist als Grundlage seiner eigenen Existenz und besten Entfaltung geboten.
Die Anerkennung eines Grundrechts auf diese Mittel stellt die beste Garantie für die Realisierung des Selbstbestimmungsrechts dar. Zwischen dem Besitzer der Produktionsmittel und dem produktiven Ergebnis kein dritter Leistungsträger einschalten, sodaß auch in dieser Hinsicht kein Legitimationsproblem entsteht.
Auch ein freiwilliger Verzicht auf diese Mittel ist eine Entscheidung, die die Verfassung i.Sinne des Art.1 I GG auf keinen Fall erdulden kann.[52] Es wäre deshalb die verfassungsrechtliche Wertentscheidung über die Menschenwürde nicht verfehlt, wenn der Menschenwürdegehalt bei den anfangs genannten Gütern dahingehend präzisiert würde, daß eine relative "Äquivalenz" zwischen Leistung und Gegenleistung als Voraussetzung ihrer Veräußerung vorliegen müßte.[53]
Wie dieses Maß an Vermögensgegenständen zu bestimmen ist, ist einem ständigen Wandel zugänglich und deswegen schwer zu konkretisieren.
Die Privatrechtsordnung und zwar daś Zivil-und Zivilprozeßrecht enthalten jedoch manche Vorschriften, die als Ansätze dafür gewertet werden können, wie der Gesetzgeber dieses Minimum i.Sinne der verfassungsrechtlichen Bewertung der Menschenwürde erfaßt.

---

52) Zustimmend Däubler, aaO S.251.
53) Im Ergebnis besteht eine Übereinstimmung mit der h.Meinung, die insoweit einen gegen den Staat gerichteten Anspruch auf Gewährung eines Minimums an materiellen Gütern unter anderem aus Art.1 GG ableitet, siehe dazu ·Hamann-Lenz GG Komm.3.Aufl.zu Art.2 Anm.B 8; Maunz-Dürig-Herzog, GG zu Art.2 Rn 27; Ekk.Stein, Lehrbuch des Staatsrechts 2.Aufl. S.203; Anderer Ansicht BVerfGE 1,97ff(105)

So schließt die in §400 BGB angeordnete Unabtretbarkeit unpfändbarer Forderungen eine totale wirtschaftliche Selbstaufgabe aus.
§310 BGB verbietet dem Individuum über sein künftiges Vermögen zu verfügen und schützt es so vor seinem freiwilligen wirtschaftlichen Tod.
Das bürgerliche Recht enthält zwar bei Sacheigentum keine Unveräußerlichkeitsbestimmungen,dies kann aber nicht als Argument e ontrario vorgebracht werden,weil § 137 BGB nur auf die Rechtssicherheit zielt und keine Stellungnahme über das zulässige Minimum abgeben will.[54] Bei Sachen also liefern nur §138 BGB und §§ "2b,2c WiStrG einen Maßstab an Unveräußerlichkeit,wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein schlagendes Mißverhältnis besteht.
In § 811 ZPO hat das Gesetz klar zu erkennen gegeben,daß Gegenstände, die für die natürliche Existenz des Menschen notwendig oder zur Fortsetzung seiner aus eigener körperlicher oder geistiger Arbeit bestehenden Erwerbstätigkeit erforderlich sind,auch gegenüber frei eingegangenen Geldschulden unpfändbar sind.[55]

b) Menschenwürdegehalt bei den durch fremde Arbeitskräfte benutzten Produktionsmitteln.

In Bezug auf die Gesellschaft selbst als Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens scheidet jede Auseinandersetzung aus dem Grund aus, weil der Menschenwürdegehalt nur in Zusammenhang mit Menschen, nicht aber mit juristischen Personen zu ermitteln ist. Zwar genießen auch die inländischen juristischen Personen den Grundrechtsschutz, aber nur soweit ihrem Wesen nach die Grundrechte auf sie anwendbar sind (Art.19 III GG).
Zu untersuchen bleibt, ob nicht etwa die tarifliche Erweiterung der Mitb-Rechte auf Leitungsbefugnisse das Eigentumsrecht des Gesellschafters (Aktionärs) in seinem Menschenwürdegehalt antastet.

54) Däubler,NJW 1968,1117ff(1120 l.Sp.)
55) Siehe dazu Däubler,Das Grundrecht auf Mitbestimmung S.253ff mit ausführlichen Darstellungen.

Während bei den individuell genutzten Vermögensgegenständen und Konsumtionsgütern die Verfügungsmacht des Eigentümers geboten ist, ist es bei den durch fremde Arbeitskräfte benutzten Produktionsmitteln nicht der Fall. Würden dem Produktionsmittelbesitzer die Leitungsbefugnisse entzogen, so würden zwar seine Einkommensperspektiven tendenziell verschlechtert, nicht aber seine Existenzgrundlage bedroht.

Denn er ist nicht nur auf den unternehmerischen Einsatz seiner Eigentumsgegenstände angewiesen. Er ist nicht nur de jure, sondern auch faktisch frei, seine Wirtschaftsgüter (sein Kapital) durch seine eigene Arbeitskraft nutzbar zu machen, statt sein Vermögen einem Unternehmen zur Verfügung zu stellen.[56]

Zieht er aber diesen Weg nicht vor, weil er den unternehmerischen Einsatz für rentabler und daher zweckmäßiger[57] hält, so verläßt er die Eigentumsordnung[58] und begibt sich in eine andere-die Unternehmensordnung-, die verschiedene Spielregeln und Gesetzlichkeiten kennt, weil sie nicht nur einem, sondern zwei Faktoren-den Kapitalgebern und der Belegschaft- ihre Funktionsfähigkeit verdankt.

Die Ausgestaltung der Verhältnisse zwischen beiden Seiten kann in einer freiheitlichen Ordnung nur von den gemeinsam leistenden Kräften erfolgen. Welcher Anteil aus diesem Zusammenspiel der einen und welcher der anderen Seite zukommt, kann nur vereinbart, nicht irgendwie im voraus diktiert werden.

Die gegenwärtige grundsätzliche Alleinherrschaft des Unter-

---

56) Diese Alternative gilt nur für die Produktionsmittelbesitzer, nicht für die ArbN. Die ArbN haben zwar das Recht, ein Unternehmen zu errichten, dieses Recht allein garantiert aber nicht die Inbetriebnahme, viel weniger die Lebensfähigkeit des Unternehmens. Erforderlich ist dazu die Zuverfügungsstellung von Produktionsmitteln, die ihrerseits eine entsprechemde sachliche Garantie vorausetzt. Diese fehlt aber den ArbN. Jedermann befindet sich in einer bestimmten, schon ausgestalteten ungleichen Produktionsmittelvteilung, die man nicht durch seinen Willen negieren kann und für die er nicht verantwortlich ist.

57) Daß der Unternehmer nicht deswegen produziert, weil er die Bedürfnisse der Gesellschaft befriedigen will, sondern weil er Gewinn erzielt siehe zutreffende Ausführungen in Radke: FS für Brenner S.131.

58) Zutreffend dazu Otto Kunze, WWI-Mitt. 1968, 137 (r.Sp.) und 138 (l.Sp.).

nehmens von der Kapitalseite,ist,wie dargelegt, nicht Ausfluß des Eigentumsgrundrechts an sich, sondern der Tatsache, daß die Produktionsmittel in wenigen Händen konzentriert sind.[59)]

Dieser Umstand aber, der die Produktionsmittelbesitzer in eine stärkere Verhandlungsposition versetzt und ihnen die Durchsetzung ihrer Bedingungen ermöglicht,[60)61)] wird zwar von der Verfassung hingenommen,[61a)] weil er den heutigen gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen am rentabelsten entspricht, ist aber von ihr nicht zwingend vorgeschrieben,weil er dem Selbstbestimmungsrecht der ArbN entgegensteht und dadurch dem freiheitlichen Charakter des GG widerspricht.[62)]

Der Verfügungsgewalt über die Produktionsmittel kommt deswegen kein Menschenwürdegehalt zu.

3. Menschenwürdegehalt und Unternehmerfreiheit.

Das BVerfG hat aus Art. 2 I GG die"allgemeine Wirtschaftsfreiheit"[63)] abgeleitet,diese aber n u r in Bezug auf Gewerbetreibende,[64)] Handelsgesellschaften[65)] und Aktionäre,[66)] nicht aber in Bezug auf ArbN konkretisiert.

Das oberste Gericht hat in der zitierten Entscheidung[67)] nur ausgesprochen, dem Bürger sei immer "ein letzter unamtastbarer Bereich menschlicher Freiheit" verfassungskräftig vorbehalten, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen sei.

Dieser Bereich umfasse auch die"wirtschaftliche Freiheit",[68)] die in ihrem Wesensgehalt[69)] nicht angetastet werden dürfe.

59)Siehe dazu ausführlich in S.85 Fn.100,S.86,87.
60)Zustimmend:Radke,FS für Otto Brunner S.132; v.Nell-Breuning in Streit um Mitbestimmung S.15,16 mwN.Däubler,aaO S.253;Siehe hier S.
61)Den Zwang der ArbN,den Lebensunterhalt zu verdienen,nennt Sinzheimer "den stummen Zwang der Dynamik",zitiert nach Radke,in FS für Brunner zum 60.Geb. S.133.
61a)Dies ergibt sich aus den blo en Ermächtigungscharakter des Art.15 GG,so auch Däubler,aaO S.253.
62)Zustimmend Däubler,aaO S.253.
63)BVerfGE 6,32ff(41)
64)BVerfGE 8,274ff(328);18,315ff(327);19,101ff(111);21,249
65)BVerfGE 10,89ff(99);14,263ff(275);20,323ff(231)
66)BVerfGE 25,367ff(407) "Lex Rheinstahl"
67)Siehe Fn.63.
68)BVerfGE 6,32ff(41)
69)Das BVerfG spricht von Unverletzbarkeit nur des"Wesensgehalts" in BVerfGE 6,32ff(41);vgl BVerfGE 27,1ff(6);27,351

Wenn man in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung diesen Wesensgehalt nicht nur gegenüber der öffentlichen Gewalt, sondern auch gegenüber Privaten für schützbar hält,[70] so ist er nicht als eine bestimmte Art wirtschaftlicher Tätigkeit, sondern nur als Grundlage der menschlichen Existenz und Entfaltungsfreiheit zu verstehen.[71]
Der Wesensgehalt des Art.2 I GG, der von der staatlichen Gewalt nicht nur zu achten, sondern auch zu schützen ist (Art.1 I Satz 2 GG),[72] läßt sich dahingehend präzisieren, daß dem Menschen die Möglichkeit zur wirtschaftlichen Entfaltung nie entzogen werden darf.
Diese Möglichkeit wird aber nicht nur mit einer Erscheinung der Handlungsfreiheit identifiziert.[73]
Wenn also der Aktionär in seinen mit den Aktien verbundenen Rechten durch den staatlichen Gesetzgeber oder durch die Tarifparteien eingeschränkt wird, so ist dies keine Verletzung des Wesens der Handlungsfreiheit.[74] Dem Aktionär bleibt weiter die Möglichkeit zur wirtschaftlichen Betätigung offen. Findet er den unternehmerischen Einsatz seines Vermögens in der Form des Aktienbesitzes nicht rentabel, so ist er nicht gehindert, als Privatier oder als ArbN tätig zu werden. Der Weg zur Wirtschaftsbetätigung an sich wird ihm nicht versperrt

Schluß: Setzt man der Tarifnormsetzung den Menschenwürdegehalt der Eigentumsgarantie und der Unternehmerfreiheit als Grenze, dann steht nichts im Wege, durch TV die Mitb-Rechte des BRates zu erweitern.

---

70) BVerfGE 27,344ff(350); 6,32ff(41);27,1ff(6)
71) Zustimmend im Ergebnis Schwerdfeger, Unternehmerische Mitbestimmung der ArbN und GG S.215; Däubler, aaO S.249
72) So BVerfGE 27,344ff(351)
73) Zustimmend Schwerdtfeger, aaO S.215.
74) Zustimmend Schwerd aaO S.215; Däubler, aaO249

VIII K a p i t e l

Erweiterungsmöglichkeiten der Mitb-Rechte bei Grundrechtsbindung der Tarifparteien

1. Problemstellung.

Könnte das Ergebnis aber anders lauten, wenn die Tarifparteien als Normsetzer ebenso,wie der Gesetzgeber, an die Grundrechte gebunden wären ?
Da die herrschende Meinung bisher von der Grundrechtsbindung der Tarifparteien ausgeht, gilt es die Rechtslage auch von einer solchen Voraussetzung her zu bestimmen.
In Betracht kommen an erster Stelle die Eigentumsgarantie und die Unternehmensfreiheit,die möglicherweise von einer erweiterten Mitbestimmung verletzt werden können.

2. Erweiterung der Mitb-Rechte und Eigentumsgarantie.

a) Die Stellungnahme der Rechtsprechung und der Literatur

Sowohl das BVerfG[75] als auch das BayObLG[76] haben bis jetzt vermieden, eine ausdrückliche Stellung zur Vereinbarkeit der Eigentumsgarantie und der Montanmitbestimmung einzunehmen.[77]
Die Literatur hat zum einen überwiegend die Montanmitbestimmung als verfassungskonform erklärt,[78] zum anderen aber sich gegenüber einer generellen Ausdehnung auf alle Großunternehmen teilweise zurückhaltend oder ablehnend gestellt, weil zum Wesensgehalt der Eigentumsgarantie ein "Quentchen eigener Entscheidungsmacht" gehöre, das durch die Mitbestimmung verloren gehe,[79] oder weil die gleichfalls dem Wesensgehalt innewohnende Gewinnorientierung des Unternehmens aufgehoben werde.[80]

---

75) BVerfGE 25,371ff(407)
76) BayObLG, DB1972,393.
77) Die Nichtstellungnahme des BVerfG gilt auch für die Unternehmerfreiheit.
78) Ballerstedt,Die Grundrechte III/1 S.80;Hueck-Nipperdey, aaO II/2 S.1538;Krüger,Staatslehre S76 Fn.82;Kunze WWI-Mitt 1968,137;Maunz-Dürig-Herzog GG zu Art.14 Rn19;Schorr Carolsfeld,Arbeitsrecht S.37;
79) Christian v.Plessen,Qualifiz.Mitbestimmung S.84,86.
77) Huber,GG und wirtschaftliche Mitbestimmung S.86;v.Berenberg-Goßler,AG 1968,112ff;Maunz-Dürig-Herzog aaO Art.15Rn.9

Die Antwort hängt entscheidend davon ab, welcher Spielraum dem Gesetzgeber durch Art.14 GG eingeräumt worden ist.
Ist die erweiterteMitbestimmung als Eigentumsbindung zu bezeichnen,die gemäß Art.14 I Satz 2 und II GG dem gesetgeberischen Ermessen zusteht?
Äußerungen des BVerfG, wie zB eventuelle Eigentumsbindungen müßten "vom geregelten Sachbereich her geboten" sein,[81] Inhalt und Umfang des Eigentums dürfen nicht "sachwidrig" bestimmt werden,[82] können hier kein entscheidendes Gewicht besitzen.
Denn,entsprechend dem zum Gleichheitssatz Entwickelten,[83] sind als "sachfremd" nur Regelungen anzusehen, die in offenkundiger Weise unsinnig oder ungerecht sind oder die die immanente Folgerichtigkeit eines vom Gesetzgeber selbst gewählten Systems durchbrechen.[84] Von einer solchen Qualifikation der paritätischen Mitbestimmung oder von einer "willkürlichen"oder "sachlich unvertretbaren"Regelung wirdauch seitens der Gegner der Mitbestimmung nicht gesprochen.[85]

b) Übermaßverbot oder nur Wesensgehaltsgarantie ?

Die Auseinandersetzung wird vielmehr darauf konzentriert,ob auf Art.14 GG nicht nur die Wesensgehaltsgarantie sondern auch das Übermaßverbot anzuwenden ist.Das Übermaßverbot erlaubt eine Einschränkung nur wegen höherwertigeren öffentlichen Interessen und nur unter dem Grundsatz der Verhält-

---

81) BVerfGE 21,73ff(86)
82) BVerfGE 21,150ff(155)
83) BVerfGE 17,130ff;weitere Nachweise bei Leibholz-Rinck GG Komm.4.Aufl.zu Art.3 Rn.11
84) BVerfGE 13,331ff(340);15,318;18,372;zum ganzen siehe Leibholz-Rink,aaO
85) Däubler,aaO S.261ff, der darüber ausführlich berichtet

nismäßigkeit,[86] während die Wesensgehaltssperre dem Gesetzgeber einen viel weiteren Ermessensspielraum einräumt. Die Anwendung des Übermaßverbots setzt begrifflich eine Eingriffsmöglichkeit voraus,die ihrerseits nur bei Grundrechten möglich ist,die schon von der Verfassung selbst ausgestaltet sind.[87]

Art.14 I Satz 2 GG hat aber,im Unterschied zu allen anderen Grundrechten[88], nicht einfach die Schranken, sondern auch den Inhalt des Eigentums dem Gesetzgeber überlassen.[89] Die Verfassung weist eine bestimmte Vorbehaltskonstruktion auf, die man nicht ignorieren kann, ohne den Verfassungswillen zu verfehlen.

Die durch Art.14 I Satz 2 GG schwächere Ausrüstung des Eigentumsgrundrechts gegenüber dem Gesetzgeber hat ihren guten Grund. Sie findet ihre Rechtfertigung in der Entwicklung, die der Eigentumsbegriff bis heute erfahren hat. Eigentum heißt ausschließliche Herrschaft über Sachen. So lange man durch seine eigene Arbeit sein eigenes Vermö-

---

86) Das BVerfG spricht in seinen Entscheidungen manchmal vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit:BVerfGE 7,71ff(80)21, 150ff(155);26,215ff(222); Es bezieht sich aber immer auf Fälle,die nur mit dem bürgerlichen Eigentumsbegriff zu tun haben. Es bleibt deshalb völlig unentschieden, ob das Übermaßverbot auch beim Aktienbesitz die in §903ffBGB enthaltenen Herrschaftsbefugnisse als Maßstab unterstellt, oder ob dies ausscheidet,weil die Voraussetzungen, die beim bürgerlichen Eigentumsbegriff vorliegen, bei Aktieneigentum fehlen,vgl BVerfGE 21,92ff(93);BGHZ 6,270ff(279) 21,73ff(82);Wolff,H. Verwaltungsrecht 8.Aufl.Bd I §62 IIIb Gegen die Anwendung des Übermaßverbots sind:Hamann-Lenz GG 3.Aufl.zu Art.14 Anm,B 4 S.28;W.Weber,Grundrechte II S.369; Däubler,aaO S.262;Lerche,Übermaßverbot und Verfassungsrecht S.140ff;Ipsen,VVdStRl Heft 10 S.84.

87) Däubler aaO S.262.

88) Den Ausnahmecharakter des Eigentumsvorbehalts hat auch Ipsen,akzeptiert siehe Ipsen VVdStRl,Heft 10,S.100

89) Daß die inhaltsbestimmenden Gesetze einen viel weiteren Ermessensspielraum ,als die schrankenziehenden aufweisen, bestätigt auch BVerfG in BVerfGE 21,92ff(93): § 9 I Nr.1 GrdstVG schränkt nicht die Eigentumsgarantie des Art.14 GG ein,sondern enthält eine Inhaltbestimmung des Eigentums im Sinne des Art.14 I Satz 2 GG;das Zitiergebot greift daher nicht ein. Das Eigentum wird durch die Beschränkung der Verfügungsmacht auch nicht in seinem Wesensgehalt angetastet".vgl W.Weber aaO S.369;Hamann-Lenz GG 3.Aufl.zu Art.14 Anm.B 4 b ee(S.286);Kiminich in BK zu Art.14 Rn.33

gen ausnutzte, gab es keine Bedenken gegen eine solche Sachherrschaft. Das war die Blütezeit der handwerklichen Produktion.[90]

Die Industrialisierung hat aber dem Eigentum neue soziale Funktionen zuerkannt.[91] Heute produziert in der Regel nicht mehr der Produktionsmittelbesitzer. Es produziert das Unternehmen, bei dessen Funktionieren mehrere notwendig zusammenarbeiten. Die traditionelle Sachherrschaft entspricht nicht mehr den heutigen Produktionsverhältnissen.[92]

Wieviel Herrschaft dem Produktionsmittelbesitzer und wieviel den anderen Faktoren-vornehmlich der Belegschaft-im Rahmen des Unternehmens einzuräumen ist, ist eine Frage, die sich mit der Zeit wandelt und deshalb durch eine einmalige verfassungsrechtliche Definition nicht möglich ist.

Der Verfasser hat deswegen bewußt,auf eine einheitliche Festlegung des Eigentumsbegriffs verzichtet und sie dem dem einfachen Gesetzgeber aufgegeben.[93]

c) Die gesellschaftlichen Auffassungen als Maßstab der Eigentumsgarantie.

Legt man trotzdem diese Auslegung nicht zugrunde, so erhebt sich die Frage: Welcher Maßstab ist heranzuziehen, der den vom GG schutzwürdigen Inhalt des Eigentums genau bestimmen läßt ?

Schwerdtfeger vertritt den Standpunkt, daß das GG sich für den in den "heute herrschenden gesellschaftlichen Auffassungen" existenten Typus Aktieneigentum entschieden hat.[94]

Er verweist damit unmittelbar auf die Entscheidung des BVerfG, nach der Art.14 GG das Eigentum so schützen will, "wie es das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen

90) Ausführlich Schwerdtfeger,aaO S.223;Karl Renner,Die Rechtsistitute des Privatsrechts S.31.
91) Daß der Eigentumsbegriff sich aus der sozialen Funktion ergibt siehe Ballerstedt JZ 1951,488;Schwerdtfeger,aaO
92) So auch Schwerdtfeger,aaO
93) Zustimmend Däubler,aaO S.262,23,264
94) Schwerdtfeger,aaO S.230.

Anschauungen geformt haben".[95]
Diese Stellungnahme des BVerfG verdient umsomehr eine nähere Erläuterung, als sich auf sie sowohl spätere Entscheidungen desselben Gerichts[96] als auch Autoren berufen.[97]
Das BVerfG hat zunächst nur vorgeschrieben, welche Merkmale vorliegen müssen, die "den Gewerbebetrieb zum "Eigentum" des Inhabers stempeln".[98] In Bezug darauf, ob der "gesicherte Bestand eines Gewerbeausübungsrechts"als Eigentum i.Sinne des Art.14 GG betrachtet werden kann, hat das oberste Gericht folgenden Standpunkt vertreten :
"...es entspricht den heute allgemein herrschenden gesellschaftlichen Auffassungen,das,was der Einzelne sich durch eigene Leistung und eigenen Kapitalaufwand erworben hat, im besonderen Sinne als sein Eigentum anzuerkennen und gegenüber Eingriffen als schutzwürdig anzusehen."[99]
Diese These wurde neuerdings vom BVerfG wieder ausdrücklich bestätigt.[100]
Die Berufung auf das bürgerliche Recht und auf die gesellschaftlichen Auffassungen will aber nur die Voraussetzungen verdeutlichen, unter denen eine Rechtsstellung als Eigentum im Sinne des Art.14 GG anzusehen ist. Die Eigentumsgarantie hängt gerade von der Existenz mancher Bedingungen ab. Diese Voraussetzungen,die nach Auffassung des BVerfG,den "heute allgemein herrschenden gesellschaftlichen Auffassungen" entsprechen,nämlich Erwerb durch eigene Arbeit und eigenen Kapitalaufwand,auf deren Vorliegen das bürgerliche Recht baut, kommen aber bei der Rechtsstellung des Aktionärs nicht vor, weil von ihm nur Kapital geleistet wird.

---

95)So das BVerfG in BVerfGE 1,264ff(278 am Ende der Seite)
96)BVerfGE 2,380ff(402); 8,64ft(70)
97)Schwredtfeger,aaO S.230ff
98)BVerfGE 1,264 ff(278 am Ende der Seite)
99)BVerfGE 1,264ff(277 am Ende der Seite)
100)BVerfGE 30,334.

Diese These ist weder übertrieben noch unbegründet.Sie bedeutet einfach, daß die Aktionäre außer dem Kapital nicht auch Arbeit leisten. Wenn dies non manchem nicht völlig angenommen wird, so fragt es sich : Was anderes, außer des Kapitals,leisten die Aktionäre ?

Die durch die Aktionäre erfolgte Legitimierung der Unternehmensleitung ist keinesfalls eine zusätzliche Leistung. Die Funktion der Leitung wird von anderen Trägern geführt. Solange es um Aktiengesellschaften geht, ist es klar so der Fall. Nur dem Anschein nach ist die Sache verschieden, wenn bei anderen Gesellschaften,wie Personalgesellschaften,GmbH der Kapitalgeber parallel auch die Leitung des Unternehmens übernehmen kann. Der Gesellschafter,der die leitenden Arbeiten selbst führt, kassiert außer des Unternehmensgewinns ein gesondertes Gehalt. Und jedesmal, wenn die Gesellschafter kein gesondertes Gehalt bekommen, wie es bei Individualunternehmen der Fall ist, steht dies mit der anfangs gestellten Ausgangsthese nicht in Widerspruch. Denn der leitende Unternehmer bekommt wieder für seine Leitungsarbeit eine bestimmte Belohnung, die aber nicht gesondert, sondern im Unternehmensgewinn erfaßt wird. Sie ist konkret derjenige Vorteil,der dem Unternehmen verbleibt,weil das Unternehmen weniger ausgibt, als wenn es an Stelle des leitenden Unternehmers andere Leitungsträger einsetzt. Eine weitergehende Auseinandersetzung weist kein größeres Interesse auf. Denn die Fälle, in denen der Kapitalgeber zweifelsohne n u r Kapital leistet, wie bei Aktiengesellschaften, machen ausgerechnet die überwiende Mehrheit der Unternehmen aus, für die die Mitbestimmungsforderung mit Nachdruck gestellt wird.

Bietet vielleicht die Verantwortung, auf die sich auch Nipperdey beruft, einen Legitimationsgrund ? [1)]

Die Verantwortung ist im Grunde genommen eine Konsequenz des Selbstbestimmungsrechts im Wirtschaftsbereich. Zutreffend hat Kunze gesagt,welche Rechte sich ergeben,wenn der Eigentümer sein Eigentum unternehmerisch nutzen wolle, stehe nirgends geschrieben.[1a)]

1) Nipperdey,Soziale Marktwirtschaft S.19,37ff
1a)Kunze,Otto,WWI-Mitt. 1968,137(r.Spalte)

Der Kapitalgeber ist nicht verpflichtet, sein Kapital unternehmerisch , nämlich durch Einsatz fremder Arbeitskräfte, auszunutzen.Er ist dazu berechtigt. Er kann statt dessen selbst sein Vermögen nutzbar machen.Wenn er aber die unternehmerische Ausnutzung vorzieht, weil er sie profitabler findet, übernimmt er die Verantwortung, sein Kapital in Rauch aufgehen zu lassen. Verantwortung übernimmt aber nicht nur der Kapitalgeber, sondern auch der andere Produktionsfaktor,der ArbN, der in dem Fall seinen Platz verliert, in dem die Leitung des Unternehmens die Marktdaten falsch vorausberechnet hat.

Die Verantwortung jedes Produktionsfaktors betrifft aber nur seine eigene Leistung. Keiner von ihnen ist für die Leistung des anderen verantwortlich.Weder die ArbN haften für den Erfolg des Kapitaleinsatzes, noch die Kapitalgeber für die Sicherheit des Arbeitsplatzes.

Unhaltbar wäre auch die Behauptung, die Verantwortung der Kapitalgeber zähle rechtlich mehr. Beide Verantwortungen sind verschiedner Natur, eben weil die Leistungen beider Produktionsfaktoren qualitativ verscheieden sind, so daß es einen gemeinsamen Bezugspunkt nicht gibt. Nicht zu übersehen ist allerdings, daß die Verantwortung die ArbN-Seite härter trifft: Während sich die Kapitalgeber um die Beibehaltung ihres sozialen status quo bemühen, riskieren die ArbN ihre Existenzgrundlage.Daß die ArbN wieder einen Arbeitsplatz finden können, erleichtert die Lage der ArbN nicht. Denn dies ist nur eine rechtliche Möglichkeit, nicht aber eine Garantie.Besteht man trotzdem darauf, dann kann man entgegenhalten, daß auch die Kapitalgeber nach dem Verlust ihres Kapitals das Recht weiterhaben, sich neues Kapital zu verschaffen.

Die trotzdem erfolgte Favorisierung der ArbG-Seite würde bedeuten, daß die ArbN durch das Zurücktreten ihrer Interessen einen Teil der Verantwortung übernehmen müssen, die normalerweise die Kapitalseite trifft, mit dem einzigen Zweck, daß der soziale Vorrang der Kapitalgeber auf immer beibehalten wird. Es geht also klar hervor,daß auch die "Verantwortung" der Kapitalgeber nicht die These hinfällig machen kann, daß die Aktionäre nur Kapital leisten.

Schluß:Folgt man der anfangs herangezogenen,deutlichen und grundlegenden Entscheidung des BVerfG, so kann man e con-

trario eher Anhaltspunkte für eine Erweiterung der Mitb-Rechte herausgreifen.

Die Heranziehung der gesellschaftlichen Auffassungen,wie sie das BVerfG konkretisiert hat, spricht nicht für die Anwendung des Übermaßverbots. Denn die Aussage des BVerfG über den Inhalt der geselschaftlichen Anschauungen, nur das durch eigene Arbeit und eigenen Kapitalaufwand Erworbene genieße die Eigentumsgarantie, muß auch für das Aktieneigentum den Maßstab liefern. Es ist garnicht sichtbar, warum dieser Grundsatz beim Aktienbesitz nicht gelten soll und dem Aktionär dadurch gegenüber dem bürgerlichen Eigentümer eine privilegierte Rechtsstellung eingeräumt werden muß. Privilegium ist, wenn den Mitgliedschaftsrechten in ihren heutigen Umfang die Eigentumsgarantie zuerkannt würde,obwohl die Aktienrechte sich auf einen Gegenstand beziehen,dessen Existenz nicht nur auf die Aktionärsleistung zurückzuführen ist.

Die gesellschaftlichen Auffassungen lassen auch kein anderes Ergebnis zu, als nur den Wesensgehalt als Schranke zu unterstellen.[1b)]

Obwohl das BVerfG sich auf die"gesellschaftlichen Auffassungen " nicht, wie auf einen Blankobegriff,beruft, sondern ihnen einen konkreten, für alle Rechtsbereiche geltenden Inhalt gibt, versucht Schwerdtfeger[2)] ihnen einen mehr oder weniger subjektiven, nach den verschiedenen Rechtsbereichen differierenden Inhalt beizumessen, der auch dem gesetzgeberischen Trend entgegenstehen kann.Es erhebt sich daher die Frage:Wer ist denn der autoritäre Ausdrucksträger der gesellschaftlichen Auffassungen,wenn nicht der demokratisch legitimierte Gesetzgeber ?[3)]

Ob die mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte auch "typusprägende"[4)] Elemente des Aktieneigentums darstellen und in welchem Umfang dies stattfindet, kann nicht von irgendwelchen,durch herrschende Interessen beeinflußten gesellschaft-

---

1b) Wenn die Entscheidung des BVerfG(BVerfGE 25,407) lautet: "Die Aktie ist sowohl Vermögensrecht als auch Mitgliedschaftsrecht", so steht dies mit der hier vertretenen Auslegung nicht in Widerspruch.Das Gericht sagt nicht, daß die Mitgliedschaftsrechte den Aktionären nach Mehrheit zustehen müssen. Hier kommt es aber darauf an.

2) Schwerdtfeger, aaO S.231.

3) Den gesellschaftlichen Auffassungen kann man nur dann eine eigenständige Bedeutung zukommen,wenn das Gesetz keine deutliche Ansätze enthält oder wenn es auf sie verweist.

4) Schwerdtfeger,aaO S.231

lichen Anschauungen entschieden werden. Andernfalls würde man im Ergebnis einfach den Auffassungen der gesellschaftlich stärkeren Gruppe dienen.[5)]

d) Kann § 903ff BGB den Maßstab der Eigentumsgarantie darstellen ?

Die bisherigen Ausführungen haben schon darauf hingedeutet, warum §§ 903 ff BGB nicht den generellen Maßstab für die Eigentumsgarantie liefern, wie dies die h.Meinung annimmt.[6)]

§ 903ff betreffen in ihrem unmittelbaren zivilrechtlichen Anwendungsbereich nur Sachgüter(nicht Forderungen und Rechte).[7)] § 903 BGB hat die handwerkliche Produktion und die persönlich Gewerbetreibenden vor Augen. Der in § 903 BGB geprägte Eigentumsbegriff deckt deshalb nur den Fall, in dem zum Gütererwerb dieselbe Person sowohl Kapitalaufwand als auch Arbeitskraft geleistet hat.Die Rechtsstellung des so tätig werdenden Gewerbetreibenden wird durch §903 BGB mit rechtlichen, gegen alle gerichteten Sanktionen versehen. Nur soweit aber diese personelle Identität vorliegt, findet die Sachherrschaft des Gewerbetreibenden ihre innere Rechtfertigung.[8)]

Welche Rechtsstellung vom GG her demjenigen zukommt, der beim Produktionsprozeß nur sein Kapital verwendet,regelt § 903 BGB nicht.[9)]

Diese Differenzierung ist nicht ohne rechtliche Begründung. Die Herrschaftsbefugnisse, über die der Unternehmensträger verfügt, sind nicht den Herrschaftsbefugnissen über die ursprüglich zur Verfügung des Unternehmens gestellte Kapitalanlage gleichzusetzen. Sie werden auto-

5) Übereinstimmend Däubler, aaO S.264.
6) Siehe dazu Däubler,aaO S.263
7) Schwerd
8) Zu solchen Ergebnissen führt erst die schon zitierte Entscheidung des BVerfG siehe S.112 Fn.264ff(277,278)
9) Ansätze zu einer solchen Lösung bietet auch die Argumentation von Schwerdfeger,aaO S.229.

m atisch auf die Belegschaft und auf die produzierten Güter erstreckt, zu deren Produktion auch die Belegschaft beiträgt. Ausschließliche Herrschaft kann aber nur demjenigen zukommen, der für den Gütererwerb ausschließlich gearbeitet hat.

Es ergibt sich also, daß §§903ff BGB beim Aktienbesitz nicht den Inhalt der Eigentumsgarantie ausmachen können

e) Kann § 950 BGB als Maßstab der Eigentumsgarantie in Betracht kommen ?

Könnte man vielleicht § 950 BGB heranziehen, um die Eigentumsgarantie auf die Rechtsstellung der Aktionäre auszudehnen ?

§ 950 BGB spricht die Sache demjenigen zu, der durch Verarbeitung oder Umbildung frender Stoffe eine neue Sache herstellt.

Die Zugrundestellung des § 950 BGB für eine verfassungsrechtliche Gewährleistung des Aktieneigentums ist aber aus einem entscheidenden Grund abzulehnen.

§950 BGB wird nur dann angewendet, wenn der Verarbeiter nicht Eigentümer des ersten Stoffes ist. Im Gegenteil i st der Aktionär Eigentümer des ersten Stoffes und die S treitfrage besteht nur darin, ob die Verarbeitung des S toffes durch den ArbN parallel zu § 950 BGB rechtliche Konsequenzen zugunsten des ArbN bewirken kann.

§ 950 BGB unterscheidet zunächst nicht zwischen e iner Verarbeitung durch eigene Hände und einer solchen d urch die Belegschaft. Vom Zweck der Bestimmung kann man aber ungezwungen den Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber ausgerechnet denjenigen Verarbeiter belohnen will, der seine eigene, besonders wertvolle Arbeit geleistet hat. Von diesem Standpunkt stellt diese Bestimmung eine Bestätigung des besonderen rechtlichen Gewichts dar, das der Arbeitsleistung im Vergleich zum bloßen Eigentumsverhältnis des Stoffes gebührt.

Hat § 950 BGB die handwerkliche Produktion vor Augen, so gilt dies vielmehr für den Fall der Verarbeitung,bei

dem das Moment der eigenen, personellen Arbeitsleistung dem Sinn der Zweckbestimmung eher entspricht. § 950 BGB als Maßstab für eine verfassungsrechtliche Gewährleistung des Aktieneigentums scheidet deshalb aus.Wenn aber alle für das Aktieneigentum vorgeschlagenen Maßnahmen versagen,dann kommt auch die Anwendung des Übermaßverbots auf die Eigentumsgarantie nicht im Betracht. Zu untersuchen bleit allein die Schranke des Wesensgehalts.

f) Wesensgehaltsgarantie als unantastbare Grenze.

Daß sie in keinem Fall übersehen werden darf, geht aus dem absoluten Ausdruck des Art.19 GG hervor.[10] Sie mit dem Übermaßverbot gleichzusetzen, stellt eine Verkennung der qualitativ verschiedenen Funktionen dar,die beide Rechtsbegriffe erfüllen.Das Übermaßverbot verlagt immer eine Relation zwischen dem vom Gesetzgeber angestrebten Ziel und dem dazu einzuschränkenden Grundrecht.[11]

Der Wesensgehalt ist dagegen eine unabhängige, mit absoluten Konturen versehene Größe.[12]

Abzulehnen ist auch die These von Maunz,[13] der Wesensgehalt sei mit dem Menschewürdegehalt gleizusetzen, weil sie mit dem GG selbst in Widerspruch gerät: Während bei Art.14 III GG eine zum Wohle der Allgemeinheit erfolgte Enteignung und bei Art.15 eine Vergesellschaftung der Produktionsmittel von einer Entschädigung unbedingt abhängig ist,

10)Dazu gibt es einefast übereinstimmende Meinung in Literatur und Rechtsprechung:Hamann-Lenz GG zu Art.14 Anm.B 3; Ipsen VVdStRl,Haft 10S.85;v.Mangoldt-Klein GG I S.433; Maunz,Deutsches Staatsrecht 18.Aufl.§ 22 I 2;Kimminich in BK Art.14 Rn.31;Knoll,AöR 79,487ff(492);W.Weber,Grundrechte II S.369;Däubler,aaO S.264;BVerfGE 21,92ff(93); BVerwGE11,95ff(96);Etwa differenzierend Schwerdtfeger aaO S.235 Fn.567,der sich der Meinung anschließt,Art.19 II GG knüpfe an Art.19 I GG an, betreffe also nur "Einschränkung", nicht"Inhaltsbestimmung!' Art.19 II GG betrifft aber vorwiegend die Inhaltsbestimmung, weil besonders bei ihr der Spielraum des Gesetzgebers weitgehend ist.

11)Schwerdtfeger,aaO S.208,209.

12)Wenn auch die Einschränkung des Grundrechts notwendig und geeignet ist, um das vom Gesetz erstrebte Ziel zu realisieren ,muß sie trotzdem ausbleiben, wenn der Eingriff den Wesensgehalt berührt,dazu Schwerdtfeger,aaO S.215; Daübler,aaO S.264 m.w.N.

13)Maunz-Dürig-Herzog GG Komm. zu Art.1 I Rn.45

könnte der Gesetzgeber gemäß dieser Meinung bei anderen weniger eingriffsbedürftigen und deshalb weniger gebotenen Fällen ohne Entschädigung vorgehen.[14)]
Schließlich ist auch nicht der Ansicht zuzustimmen, daß die in §903 BGB enthaltenen Eigentumsbefugnisse den Wesensgehalt des Aktieneigentums ausmachen.
Eine solche Stellungnahme könnte nur eine grobe Verkennung des fundamentalen Unterschieds darstellen zwischen den Produktionsverhältnissen,die dem bürgerlichen Gesetzgeber vor ungefähr hundert Jahren zugrundelagen-handwerkliche Gewerbetreibende-und denjenigen,die heute herrschen-Produktionseinheiten mit einer in der Regel enormen Belegschaft.[15)]
§ 903 BGB als Wesensgehalt des Aktieneigentums würde praktisch die Herrschaft einer Minderheit auf die Mehrheit der Bevölkerung sanktionieren [16)] und eine unzumutbare Einschränkung des Sozialstaatsauftrags mit sich bringen.
Hier geht es nicht um diejenigen Rechte des Eigentümers, die ihm der Gesetzgeber zuzuerkennen berechtigt ist,sondern um diejenigen,die ihm der Gesetzgeber entziehen kann, ohne eine Entschädigungspflicht auszulösen.
Setzte man §§903ffBGB dem Wesensgehalt der Eigentumsgarantie gleich, dann stünde § 903 BGB in offensichtlichem Widerspruch zu zahlreichen gesetzlichen Vorschriften und Judikaten oberster Gerichte, die Ermächtigungen zu weitgehenden Eingriffen enthalten.

g) Wesensgehaltsgarantie als Wertgarantie.

Zunächst limitieren Art.14 III und 15 GG die Eingriffsmöglichkeiten des Gesetzgebers dahingehend,daß der Eigentü-

14)Die Maunz'sche These ist mit Recht kritisiert und abgelehnt worden,siehe Däubler,aaO S.265:eine derartige Stellungnahme würde den Kompromißcharakter der Verfassung ignorieren,der sowohl eine sozialstaatlich-sozialistische als auch eine kapitalistische Komponente kennt".
15)Siehe dazu Schwerdtfeger,aaO S.223ff
16)Däubler,aaO S.265;v.Nell-Breuning,in Mitbestimmung S.57.

mer auch von allen Herrschaftsbefugnissen entkleidet werden kann,wenn nur eine-unter gerechter Interessenabwägung erfolgende-Entschädigung vorgesehen wird.
Diese Entschädigung, die das minimale Gegenstück,den unentziehbaren Wesensgehalt darstellt,ist eine Wertgarantie,[17] die sogar nicht einmal den vollen Verkehrswert des zu veräußernden Gegenstandes repräsentiert.
Zur Bestätigung dieser Stellungnahme hat Däubler[18] eine Reihe von Gesetzesnormen und Judikate angegeben,die deutlich die Reichweite der entschädigungslosen Eigentumsbindung nachweisen.
Von den von Däubler zitierten Fällen sind hier folgende heranzuziehen[19]:

a) §140 HGB[20], der auch den Ausschluß eines OHG-Gesellschafters gegen Entschädigung vorsieht und damit den ersatzlosen Wegfall aller Herrschaftsbefugnisse zuläßt.[21]

b) §§117,127 HGB, die beim Entzug der Geschäftsführungs-und Vertretungsbefugnisse keinen finanziellen Ausgleich verlangen und die nach der h.Meinung auch ohne Verschulden[22] des Gesellschafters anzuwenden sind.

c) §320 V Satz 2 AKtG, der bei Eingliederung die ausscheidenden Aktionäre zwar mit Aktien der Hauptgesellschaft abfinden will, die aber gegenüber festgefügten Mehrheiten keinerlei Einfluß gewinnen können.

d) Der Beherrschungsvertrag, der praktisch den Minderheitsaktionären der abhängigen Gesellschaft jede wesentliche

---

17) Zustimmend Däubler,aaO S.265 mwN in Fn.121.
18) Däubler,aaO S.266ff.
19) Däubler hat außer den hier zitierten auch andere Fälle als Argumente vorgebracht zB das Reichsnaturgesetz v.26.6.1935,RGBl I,821,wonach (§16 II) die Herrschaftsbefugnisse des Eigentümers eines Naturdenkmals entschädigungslos ausgehöhlt werden können(BVerwGE 4,57),die nach §15 15 PatG weitgehende Einschränkung der Rechte des Patenteninhabers,wie auch bei gutgläubigem Erwerb die Einschränkung des betroffenen Rechtsträgers auf einen Wertersatz(§816 BGB) siehe Däubler,aaO S.266mwN.
20) §140 HGB ist gemäß §161 II HGB auf die Kommandit-Gesellschaft, nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung (RGH 168,366,387;BGHZ 9,157;16,322) und Lehre(Baumbach-Hueck,GmbHG Komm.Einf.zu §34 Anm.1-3;F.Scholz,Komm.zum GmbHG 5.Aufl.§15 Rn.65 mwN) aber auch aufdie GmbH anwendbar.
21) Der Ersatz des Vermögens kann durch die Satzung auf den Buchwert beschränkt werden,dazu siehe Däubler,aaO S.267Fn133
22) Däubler,aaO S.267 Fn134

Einwirkungamöglichkeit entzieht,weil der auch von ihnen über den Aufsichtsrat legitimierte Vorstand nach § 308 II AktG an die vom herrschenden Unternehmen ausgehenden Weisungen gebunden ist.

e) Schließlich §§ 9 und 15 UmwG, nach denen die Minderheitsaktionäre bei Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft auf den Hauptgesellschafter ihre Mitgliedschaftsrechte verlieren können und gemäß § 12UmwG nur Anspruch auf eine angemessene Barabfindung haben.[23] Schluß: Die letzteren Vorschriften zeigen deutlich, daß der Wesensgehalt ein beschränkter Vermögenswert ist.

Das BVerfG hat im Feldmühle- Urteil dieses Ergebnis durch seine Aussage bestätigt,daß die Existenz und Umfang der Mitgliedschaftsrechte der Minderheitsaktionäre von einer Abwägung mit den Interessen der Mehrheitsaktionäre abhängig sind.[24] Wenn aber die Mitgliedschaftsrechte der Minderheitsaktionäre durch eine solche Abwägung aus der Welt geschafft werden können, dann sind sie als solche nicht dem Wesensgehalt des Art. 19 II GG zuzurechnen.[25] Daß es sich bei den angegebenen Fällen wie im Feldmühle- Urteil um Inhaltsbestimmungen, nicht aber um Enteignung im rechtlichen Sinne handelt,ist auch vom BVerfG zum Ausdruck gebracht.[26]

23) Für manche erfolgslose Einwände siehe Fechner-Schneider Die AG 1963,229.

24) BVerfGE 14,263ff.Nach der Auslegung des obersten Gerichts ist die gesetzgeberische Ermächtigung der HV zur Mehrheitsumwandlung,durch die die Mitgliedschaftsrechte der Minderheitsaktionäre aufgehoben werden,nur eine "...Umgestaltung der privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Aktionären"aaO S.277 und weiter in derselben Entscheidung: "Dem Gesetzgeber muß es überlassen bleiben,die eine oder die andere Seite der Aktie zum wesentlichen Kriterium seiner Entscheidung zu machen"aaO S.278;Im gleichen Sinne wie hier legt auch Kunze das Feldmühle- Urteil WWI-Mitt 1963,192ff(195 r.Sp.)

25) Das BVerfG hat immer sorgfältig den Verfassungsschutz der Aktie nur auf ihren Vermögenswert beschränkt(BVerfGE 25, 371ff(407);14,263ff(276).Nach dem BVerfG kann zwar"der Charakter als Vermögenswert von dem als Mitgliedschaftsrecht nicht getrennt werden"(BVerfGE 25,407;14,285), "...dieses Recht wird (aber) inhaltlich durch das Gesellschaftsrecht....bestimmt...".(BVerfGE 25,371ff(407)

26) BVerfGE 14,263ff(277,278)

In den zitierten Fällen geht es aber um zivilrechtliche, nicht um arbeitsrechtliche Vorgänge.
Zu prüfen ist deshalb, ob der gezogene Schluß vom Wesensgehalt Geltung beansprucht,wenn die Einschränkung der Herrschaftsbefugnisse derGesellschafter nicht von anderen Gesellschaftern sondern unmittelbar vom Staat erfolgt.
Als Argument für eine analoge Anwendung wurde die Überlegung angestellt, es ergäbe sich andernfalls die wenig befriedigende Konsequenz, daß dem Staat verschlossen bliebe, was privater Macht erlaubt sei.[27)]
Mit diesem Gedanken wird nur eine teilweise geltende Feststellung herangezogen,nicht aber die eigentliche Beziehung zwischen beiden rechtlichen Erscheinungen berührt.[28)]
Wenn die Meinung vertreten wird, daß gemäß § 320 V Satz 2 und § 308 II AktG die Minderheitsaktionäre durch die Eingliederung bzw durch den Beherrschungsvertrag ihre Einwirkungsmöglichkeiten praktisch und bei Umwandlung gemäß § 9, 12,15 UmwG auch de jure verlieren, so ist dies eigentlich nicht der Fall.[29)]
Denn die ausscheidenden Aktionäre verfügten schon vor tritt dieser Vorgänge über nicht mehr Einwirkungsmöglichkeiten als sie nachher erhalten. Eine Minderheit als solche kann zwar ihre Meinung äußern,wenn aber eine Interessenkollision entsteht, zählen im Ergebnis allein die Mehrheitsstimmen.
Ausgangspunkt ist die Feststellung, wo nicht einer, sondern mehrere Grundrechtsträger zusammenarbeiten, um ein gemeinsames Ergebnis herbeizuführen,zB um wirtschaftliche Güter zu produzieren,bedarf das Funktionieren des Unternehmens einer einheitlichen Leitung. Diese Leitung muß in einer freiheitlichen Ordnung demokratisch legitimiert sein. Demokratische Legitimation verlangt aber Beschlußfassung nach Mehrheit.Das Mehrheitsprinzip bedeutet, daß die Interessen der Minder-

27)Däubler,aaO S.268.
28)Nicht alles, was der privaten Macht erlaubt ist, ist auch dem Gesetzgeber zugänglich.Dies ist zB der Fall bei der Privatautonomie,die einen verfassungsrechtlichen Rang besitzt und die den Inhalt der Regelungen zwischen Privaten prinzipiell ihnen selbst überläßt.
29)So aber Däubler,aaO S.267.

heit in einer gewissen Beziehung unberücksichtigt bleiben müssen. Die Interessenabwägung zwischen den Gesellschaftern (Aktionären) findet auf Grund der Kapitalbeteiligung(Aktienzahl oder Kapitalanteils) gemäß dem vom Gesetz festgelegten Mehrheitsprinzip,ohne Notwendigkeit eines unmittelbaren gesetzgeberischen Eingriffs,statt.Es ist offensichtlich,wo die Mehrheit oder die Minderheit stehen,weil alle Gesellschafter Träger eines auf gemeinsamen Nenner abschätzbaren Wirtschaftsgutes -des Kapitals-sind.

Sind aber die gemeinsam Leistenden Träger verschiedener Leistungen, zB der eine bringt Vermögen,der andere Arbeitskraft ein,wie dies beim Unternehmen der Fall ist,dann ist das Wertverhältnis zwischen beiden Leistungen nicht durch das Mehrheitsprinzip zu bestimmen.Es gibt für sie keinen gemeinsamen,objektiven Maßstab,nach dem sie abgeschätzt werden können,weil sie verschiedener Natur sind. Das Verhältnis miteinander wird in einer freiheitlichen Ordnung prinzipiell verhandlungsweise festgelegt.[30]

Welcher Anteil aber durch die Verhandlungen jedem von beiden Träger gerät, läßt sich, wie dargelegt,nicht einfach vom Willen der Verhandlungspartner, sondern von der sozialen Stärke der Tarifparteien bestimmen,von Umständen also, die für den Gesetzgeber nicht als bindend angesehen werden können.[31]

Es entsteht deshalb für den Gesetzgeber in Erfüllung des Sozialstaatsauftrags die Berechtigung zugunsten des schwächeren Verhandlungspartners einzugreifen,wenn er überzeugt ist, daß der auf die eine Seite fallende Anteil an Leitungsbefugnissen ihren Beitrag zum Produktionspozeß übersteigt.[32]

Schluß:Das Bedürfnis nach einer gerechten Interessenabwägung, das bei einer Kollision der Gesellschafterinteressen den Mehrheitsinteressen den Vorrang einräumt,rechtfertigt auch hier den Staatseingriff.Während aber dort diese Abwägung durch die vom Gesetz erfolgende Festlegung des Mehrheitsprinzips zustandekommt,verlangt sie hier wegen der Verschiedenheit der kollidierenden Güter eine unmittelbare gesetz-

30) Siehe dazu meine Ausführungen S.84ff
31) Siehe dazu S.88,89,90
32) Ob der heutige Stand der Teilnahme beider Produktionsfaktoren an Leitungsbefugnisse ihrem Beitrag zum Produktionsprozeß entspricht, ist in letzter Instanz eine Wertfrage, die dem gesetzgeberischen Ermessen unterliegt.

geberischen Regelung im Sinn einer materiellen Disposition.
Gesetzliche Eingriffe zugunsten der ArbN-Seite sind nur Umgestaltungen und Modifizierungen der Mitgliedschaftsrechte. Sie sind so wenig eine Enteignung im Sinne des Art.14 III GG, als auch das auf Grund des §15 UmwG herbeigeführte Auslöschen der Mitgliedschaftsrechte keine Enteignung darstellt.[33)]
Dieses Ergebnis bedeutet, daß nicht nur eine paritätische, sondern auch eine überparitätische Mitbestimmung eingeführt werden kann.[34)]
Es trifft auch nicht der Einwand zu,die Parallele zwischen beiden Vorgängen hinkt, weil die Minderheitsaktionäre sich zumindest auf die gemeinsam erstrebte Profitorientierung verlassen können.[35)] Denn die ArbN-Seite kann in einer kapitalorientierten Marktwirtschaft wegen der großen internationalen Wirtschaftsverflechtung die Profitorientierung grundsätzlich nicht aufheben. Sie kann nur eine Schmälerung der Dividende erstreben,um ihre Interessen wirksamer wahrzunehmen. Hierbei setzt aber die Wertgarantie des Art.14 GG eine Schranke zugunsten der Aktionäre,die analog den konzernrechtlichen Regelungen in der Form einer Dividendengarantie vorzusehen ist.
Sie ist freilich der Höhe nach nicht dem bisher bezahlten oder "branschenüblichen" gleichzusetzen, sondern entsprechend Art.14 III Satz 3 GG nach einer "gerechten Abwägung" der beteiligten Interessen zu bestimmen.[36)]

2. Unternehmerfreiheit und erweiterte Mitbestimmung.

a) Stellungnahme der Rechtsprechung und der Literatur.

Die Rechtsprechung hat bis jetzt über die Verfassungsmäßigdes Montanmodells keine Stellungnahme abgegeben. Sie hat nur die Zulässigkeit der "Verlängerung" des Anwendungsbereichs

33)So auch Otto Kunze WWI-Mitt. 1963,195(l.Sp.)
34)Zustimmend Däubler,aaO S.268.
35)So Däubler,ebenda.
36)Däubler,aaO S.269.

des Mitbestimmungsgesetzes in den "zweifelhaft"gewordenen Fällen bejaht.[37)]
Obwohl die meisten Autoren[38)] die Verfassungsmäßigkeit der Montanmitbestimmung angenommen haben,haben sie dennoch für den Fall einer generellen Ausweitung der paritätischen Mitbestimmung entweder keine Stellung bezogen oder teilweise Bedenken geäußert.[39)]
Huber [40)] hat sich besonders bemüht,die Verfassungswidrigkeit der paritätischen Mitbestimmung nachzuweisen.
Trotz aller heftiger Kritik daran,[41)] ist die Frage noch nicht entgültig geklärt worden.
Die Gegenargumente gehen dahin,die paritätische Mitbestimmung verletze den Wesensgehalt der aus Art.2 I GG abgeleiteten Unternehmerfreiheit der Gesellschaft und mittelbar der Gesellschafter selbst.[42)]
Das BVerfG[43)] hat bestätigt,"..Art.2 I GG gewährleiste die allgemeine Handlungsfreiheit und als ihren Ausfluß auch die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr.Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit ist jedoch nur innerhalb der verfassungsmässigen Ordnung gewäheleistet".

b) Das Recht zur Entfaltungsfreiheit der Gesellschaft und des Gesellschafters.

In Bezug auf die Gesellschaft selbst als Grundrechtsträger findet durch die erweiterte Mitbestimmung keine Verletzung ihrer Unternehmerfreiheit statt. Die Gesellschaft übt weiter allein die Unternehmerbefugnisse aus. Die Änderung ihrer Organe läßt die Identität der Gesellschaft unberührt.

37) Das BVerfG hat bei der Prüfung des Mitbestimmungssicherungsgesetzes die Verfassungsmässigkeit des Montanmodells durchblicken lassen,BVerfGE 25,371ff(407);ähnliches gilt für das BayObLG DB 1972,393.
38) Überdie zustimmende Literatur siehe S.108 Fn.78.
39) v.Plessen,Qualifizierte Mitbestimmung und Eigentumsgarantie S.84,86;
40) Huber,GG und wirtschaftliche Mitbestimmung S.25ff;ähnlich Galperin,Der RegE eines neuen BetrVG S.6,8,3,50;Obermayer DB 1971,1722.
41) Hoffmann AuR1971,273ff;Schwerdtfeger,aaO S.205ff;Schwerdtner BlfStSozArbR 1972,36;Däubler,aaO S.258ff
42) Obermayer hält eine über den sozialen Bereich hinausgehende Mitbestimmung durch das Sozialstaatsprinzip als nicht gedeckt und deshalb als einen Eingriff in den Wesensgehalt des Art.2 I GG,aaO;Kritik daran bei Schwerdtner,aaO
43) BVerfGE 25,371ff(407);12,341ff(347)

Ins Gewicht fällt vielmehr, ob die erweiterte Mitbestimmung "...in die von Art.2 I GG umfaßte Rechtsposition des Aktionärs eingreift als sie seine Mitwirkungsrechte bei der Bestellung des Aufsichtsrats und damit bei der Einsetzung der Kontrolle des Vorstands einschränkt".[44] Durch den Aktienerwerb stellt der Aktionär sein Vermögen zur Verfügung des Unternehmens. Er übereignet dem Unternehmen sein Eigentum. Statt dessen erwirbt er Aktien,die ihm sowohl Vermögensansprüche als auch Verwaltungsrechte vermitteln.[45]

Das Mindestmaß an Vermögensansprüchen, die dem Aktionär zuzuschreiben sind, kann von der öffentlichen Gewalt,wie dargelegt,[46] nur unter Berücksichtigung der Eigentumsgarantie festgesetzt werden. In welchem Maße ihm aber Verwaltungsansprüche zukommen, durch die er auf das Schicksal des Unternehmens einwirkt, ist eine Frage,die nicht mehr vom Art.14, sondern vom Art.2 I GG geregelt wird. Diese Auslegung steht nicht in Widerspruch mit der Aussage des BVerfG,die lautet:"Die Aktie ist ....auch Mitgliedschaftsrecht".[47] Daß die Aktie auch Mitgliedschaftsreche repräsentiert, steht nicht in Zweifel. Die Kernfrage liegt aber nur darin, ob die Mitgliedschaftsrechte den Aktionären nach Mehrheit zwingend zustehen,ob sie also vom GG her zur Leitung des Unternehmens berechtigt sind.

Die Mitbestimmung zielt nicht darauf ab,die Mitgliedschaftsrechte der Kapitalgeber aus der Welt zu schaffen,sondern sie einzuschränken. Im Mittelpunkt steht also der Umfang der Mitgliedschaftsrechte, die jeder Seite zwingend vorgeschrieben sind, nicht ihre Existenz.Darauf kommt es an.

Hierbei ist darauf Rücksicht zu nehmen,daß die Leitungs- und Dispositionsbefugnisse des Unternehmens nicht allein das ihm zur Verfügung gestellte Kapital der Aktionäre

---

44)Schwerdtfeger,aaO S.205
45)BVerfGE 14,263ff(276)
46)Siehe darüber S.121.
47)BVerfGE 25,371ff(407);ähnlich BVerfGE 14,263(276)

betreffen, sondern m e h r: nämlich die Koordinierung[48] zwischen Kapital und Arbeit und das aus deren Zusammenwirken entstehendes Produkt, einen Gegenstand also, der nicht nur dem Kapitalbeitrag, sondern auch der Arbeitsleistung seine Bildung verdankt.
Andererseits ist klar, daß die Unternehmerbefugnisse mittelbar oder unmittelbar die Interessen beider Produktionsfaktoren beeinflussen. Wenn aber die Unternehmensbefugnisse nicht das ausschließliche rechtliche Resultat der Vermögensleistung sind, so ist auch ihre Zuordnung ausschließlich zum Kapitalfaktor nicht zwingend möglich.
Welcher Anteil von diesen Rechten der einen und welcher der anderen Seite zuzuerkennen ist, ist eine Sache der privatrechtlichen Beziehungen der gemeinsam leistenden Kräfte.[49]

c) Der Wesensgehalt der Entfaltungsfreiheit im wirtschaftlichen Bereich.

Die oben getroffene Feststellung steht mit Art.2 I GG in Einklang.
Art.2 I GG schützt auch die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit,[50] diese aber nur in ihrem Wesensgehalt. Dies bedeutet, daß sie nicht in ihren einzelnen Erscheinungen,[51] sondern als Möglichkeit, als Grundlage der menschlichen Existenz und personellen Entfaltung garantiert ist. Diese Möglichkeit wird ausreichend gesichert, wenn nur das Recht geschützt ist, am Produktionsprozeß teilzunehmen.
Eine solche Teilnahme läßt sich realisieren, wenn man das Recht hat, einem Unternehmen sein Vermögen oder seine Arbeitskrsft zur Verfügung zu stellen oder sein eigenes Gewerbe persönlich zu betreiben. Nur das Teilnahmerecht[52] am Produktionsprozeß in irgendeiner Form macht den Wesensge-

48) Eine Koordination ist überall dort geboten, wo zuminde st zwei Grundrechtsträger zu einem gemeinsamen Ziel mitarbeiten. Im vorligenden Fall bieten ArbN und Kapitalgeber ihre Leistungen, um neue Wirtschaftsgüter zu produzieren.
49) Siehe die Entscheidung des BVerfG über die gesetzgeberische Ermächtigung der HV zu einer Mehrheitsumwandlung, wo diese Ermächtigung nur die "Umgestaltung der privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Aktionären" betrifft, (BVerfGE 14,277)
50) BVerfGE 25,371ff(407)
51) siehe Schwerdtfeger, aaO S.215
52) Zustimmend Däubler, aaO S.260

halt der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit aus.
Welche Rolle aber jedem Produktionsteilnehmer zukommt, ist in Art. 2 I GG nicht zwingend vorgeschrieben, so daß die Zuordnung der Leitungs-und Dispositionsbefugnisse allein zu der Kapitalseite keinen verfassungsrechtlichen Rang besitzt.
Dieser Auslegung stimmen auch die Aussagen des BVerfG bei, die lauten:"...es erscheint mit Art.2 I GG nicht von vornherein unvertretbar,wenn der Gesetzgeber erlaubt, daß sich das von der Konzernleitung vertretene unternehmerische Interesse gegenüber dem Anlageinteresse des Kleinaktionärs durchsetzt."[53)]
Obwohl das Gericht von einer Kollision zwischen dem unternehmerischen Interesse der Konzernleitung und dem Anlageinteresse des Kleinaktionärs spricht, geht es tatsächlich um das Grundrecht der Unternehmerfreiheit auf beide Seiten, mit dem Unterschied, daß das Anliegen des Kleinaktionärs Unternehmerfreiheit vergleichsweise schwächer ist.
Richtig verstanden bedeutet also die Entscheidung des BVerfG, daß das aus seiner Kapitalanlage resultierende Recht des Kleinaktionärs zu seiner Entfaltungsfreiheit in Form von Unternehmerfreiheit durch gesetzgeberische Ermächtigung bis auf Null reduziert werden kann.
Daß die Unternehmerbefugnisse in ihrem heutigen Umfang keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießen, wird auch damit bestätigt, daß sie als Herrschaftsbefugnisse-jede Koordininierungsbefugnis hat automatisch Herrschaftscharakter-[54)] das Selbstbestimmungsrecht der ArbN verhindern und deshalb von der Verfassung zwar hingenommen, nicht aber zwingend nur der einen Seite zugeordnet sein können.[55)]
Wenn bisher der Gesetzgeber grundsätzlich die führende Rolle im Unternehmen der Anteilseignerseite zugesprochen hat, so ist dies nicht auf das Grundrecht der Entfaltungsfreiheit der Gesellschafter(Aktionäre) zurückzuführen,son-

53) BVerfGE 14,263ff(282)
54) Koordiniert werden nicht nur die ArbN,sondern auch die Anteilseigner,die auf die Verfügungsmacht über die zur Verfügung des Unternehmens gestellten Vermögensgegenstände verzichten.Die ArbN sind aber stärker betroffen, weil sie von der Kapitalseite, während die Kapitalgeber von sich selbst koordiniert werden.
55) Zustimmend Däubler,aaO S.253

dern hat nur mit der nach dem gesetzgeberischen Ermessen rentabelsten Wirtschaftspolitik zu tun. Hier muß der Gesetzgeber der Tatsache Rechnung tragen, daß die Produktionsmittel in wenigen Händen konzentriert sind. Dieser Umstand in Verbindung mit der auf der ArbN-Seite herrschenden partiellen Organisation gibt der Anteilseignerseite eine faktische Überlegenheit,[56] die der Gesetzgeber im Rahmen der heute verfolgten Wirtschaftspolitik nicht ignorieren kann, ohne die Kapitalbeschaffung und die Rentabilität der Unternehmen in Gefahr zu bringen. Die zu berücksichtigenden Wirtschaftsgegebenheiten sind aber ein Moment, das Ausdruck des sozialen status quo ist. Die führende Rolle der Kapitalseite beruht auf gesellschaftlichen Statusrechten.[57] Es ist zutreffend von Hoffmann ausgeführt, daß die gesellschaftlichen Statusrechte keine Grundrechte sind, sondern Rechte, die sich unterhalb der Verfassung auf Grund gesetzgeberischer Interessenabwägung vollziehen.[58] Sind aber solche Rechte vom GG nicht garantiert, dann ist der Gesetzgeber nicht gehindert, die Rollen im Unternehmen anders zu verteilen, wenn er in Erfüllung des Sozialstaatsauftrags dies für zweckmäßig hält.

Daß die Verfassung in Art. 2 I GG die führende Rolle im Unternehmen nicht zwingend nur der Kapitalseite vorgeschrieben hat, ergibt sich mittelbar aus der ständigen

56) Daß diese Feststellung keine sozialistische Propagandathese ist siehe ausführlich S.85 Fn.100 und S.86ff. Hier sind zusätzlich folgende Zitate heranzuziehen: "Nicht das Eigentum der anderen ist der Grund, warum die ArbN sich deren Leitungsbefugnis unterstellen, sondern ihre eigene Eigentumslosigkeit." Diese Meinung äußerte G. Briefs in seinem berühmten Beitrag "Das gewerbliche Proletariat" (Grundriß der Sozialökonomik IX I 1926, zitiert nach Nell-Breuning in: Streit um Mitbestimmung S.15); W. Sombart führt aus: "...auch heute ist deren (der Produktionsmittelbesitzer) Macht stark genug, um die Leitungsbefugnisse vorzubehalten". (zitiert nach Nell-Breuning, aaO S.15)

57) Als ein "gesellschaftliches Statusrecht im Sinne von Art.2 I GG" kennzeichnet Galperin den heutigen Umfang der Unternehmerfreiheit, in: Der RegE eines neuen BetrVG 1971 S.50

58) Zutreffende Kritik an Galperins Äußerungen (siehe in Fn.57) hat Hoffmann, AuR 1971, 271ff, ausgeübt. Zu zitieren ist folgendes: "Ein Statusrecht ist aber streng begrifflich schon ein Unding..." (S.273 l.Sp.) und weiter: "Die Schöpfung eines "gesellschaftspolitischen Statusrechts" bereichert die Rechtswissenschaft nicht mit einer neuen verfassungsrechtlichen Kategorie" (S.273 r.Sp.)

Stellungnahme des BVerfG über die wirtschaftspolitische Neutralität des GG. Das BVerfG[59] hat sich dafür ausgesprochen, daß der Gesetzgeber berechtigt sei, das herrschende Wirtschaftssystem zu ändern, wenn er nur die Grundrechte beachte.
Wenn diese Worte nicht leere Worte sein dürfen, sondern eine rechtliche Bedeutung haben sollen, dann können sie nur besagen, daß die Grundrechte einen entsprechenden Spielraum aufweisen,innerhalb dessen die Unternehmerrollen auch umverteilt werden können.
Es ist von Schwerdtfeger richtig gesagt,Art.2 I GG enthalte eine Entscheidung sowohl zugunsten der Rechtsposition der Aktionäre als Ausdruck freier Entfaltung ihrer Persönlichkeit wie auch eine Entscheidung zugunsten der Selbstbestimmung der ArbN.[60]
Die gegebene Auslegung des Art.2 I GG macht deutlich, daß nicht nur eine paritätische sondern auch eine überparitätische Mitbestimmung, mit dem in Art.2 I GG garantierten Grundrecht der Entfaltungsfreiheit vereinbar ist. Ist dies nicht der Fall, dann sollte die heutige Minderheitsrolle der ArbN als verfassungswidrig anerkannt werden.[61]

d) Hubers Stellungnahme und Kritik daran.

Huber [62] hat dagegen den Standpunkt vertreten,die qualifizierte Mitbestimmung sei mit der in Art.2 I GG verankerten Unternehmerfreiheit deswegen nicht vereinbar,weil das Sozialstaatsprinzip die paritätische Mitbestimmung nicht gebiete.
Die Aufgabe des Sozialstaatsprinzips liegt aber,wie oft dargelegt,[63] ausgerechnet darin, den Gesetzgeber zu all denjenigen Maßnahmen zu ermächtigen, die geeignet und notwendig sind, die Grundrechtsträger in ihre durch die Verfassung garantierten Ausgangspositionen zu stellen m.a.Worten

59) BVerfGE 4,7ff(18) ständige Rechtsprechung
60) Schwerdtfeger,aaO S.213.
61) Däubler ,aaO S.260;Zustimmend,was die paritätische Mitbestimmung betrifft,Schwerdfeger aaO S.215.
62) Huber,GG und wirtschaftliche Mitbestimmung S.45
63) Über die Funktion des Sozialstaatsprinzips in S.83ff,87ff.

den Grundrechtsträgern diejenige Macht abnehmen zu lassen, die eigentlich nicht Ausfluß der Grundrechte, sondern des sozialen status quo ist.
Man muß zunächst abgrenzen, wieviel von der sog. Unternehmerfreiheit in Art.2 I GG als Grundrecht des wirtschaftlichen Handelns garantiert und wieviel Ausfluß des gesellschaftlichen status quo ist. Nur das Erste besitzt verfassungsrechtlichen Rang, das Zweite obliegt der gesetzgeberischen Interessenabwägung.[64)]
Es ist deshalb ohne entscheidende Bedeutung,ob die verfassungsmäßige Ordnung i.Sinne des Art. 2 I GG einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt gleichkommt, oder, wie Huber meint, ob sie nur zu den gesetzgeberischen Eingriffen ermächtigt, die von anderen Verfasungsvorschriften geboten sind.[65)]
Wenn sie auch im zweiten Sinne zu verstehen ist, ist der Gesetzgeber nicht gehindert,die Unternehmerrollen umzugestalten.

Schluß : Wenn die Tarifparteien ebenfalls,wie der staatliche Gesetzgeber,an die Grundrechte gebunden sind,stehen einer Erweiterung der Mitb-Rechte des BRates weder die Eigentumsgarantie noch die Unternehmerfreiheit im Wege. Dies gilt nicht nur soweit die Erweiterung sich im Rahmen der Betriebsverfassung bewegt,sondern auch wenn sie die Unternehmerbefugnisse einschränkt.
Der Abschluß eines TV setzt aber nicht nur die Entscheidung der ArbN-Seite voraus,zugunsten deren die Erweiterung ausfällt,sondern auch die Übereinstimmung der ArbG,die durch eine Erweiterung betroffen sind.Man darf sich deshalb nicht zu dem Schluß verleiten lassen,daß die rechtliche Zulässigkeit allein eine Erweiterung mit sich bringt.
Die Verhandlungsmacht, die der Besitz von Produktionsmitteln dem ArbG verschafft,setzt der Erweiterung faktische Grenzen. Im Falle, daß aber in einem TV eine solche Erweiterung vereinbart wird,steht sie mit dem GG nicht in Widerspruch.

---

64)Über die Interessenabwägung siehe S.126
65)Huber,aaO S.33

X Kapitel

Streik und Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse.

1. Problemstellung

Manche Autoren haben eine tarifliche Erweiterung der Mitb-Rechte des BRates mit dem Argument abgelehnt,daß die Zulässigkeit der Erweiterung automatisch die Erstreikbarkeit der erstrebten Regelung und daher die Gefährdung des Betriebsfriedens und der Produktivität zur Folge habe.[12)]
Die Zulässigkeit der Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse könne nicht dem Willen des Gesetzgebers unterstellt werden, denn darin liege eine Bedrohung des Arbeitsfriedens, angesichts der Tatsache, daß eine Erweiterung auch kampfweise errungen werden könne.[13)]
Keinem der Sozialpartnern sei es erlaubt,seine Übermacht zu benutzen, um dem unterlegenen Gegenspieler über den gesetzlich bestimmten Umfang hinausgehende Zugeständnisse abzunötigen.[14)]
Würde man den Umfang der Mitb-Rechte zur Disposition der Tarifparteien stellen und ihn damit für den Arbeitskampf freigeben, so wären der Rechtsfrieden und die mühsam errungene Rechtseinheit in der BRD auf dem Gebiet des Mitb-Rechts gefährdet.[15)]
Welcher rechtlicher Wert ist solchen Äußerungen beizumessen? Ist die"kampfweise" Durchsetzung einer kollektiven Regelung eine Ausnahmeerscheinung der geltenden Rechtsordnung,ein Privilegium der ArbN[16)] das konsequenterweise auch außerordentlichen, der übrigen Rechtsordnung nicht vergleichbaren Beschränkungen, zu unterwerfen ist?

---

12) Auch die Rechtsprechung hat gelegentlich Aussagen über den Arbeitskampf gemacht in dem der BGH(BGHE 14,327ff(354) den Arbeitskampf als eine "den Arbeitsfrieden zwischen ArbN und ArbG störende Maßnahme" abqualifiziert hat;das BAG (BAGE 1,294ff(300) hat den Arbeitskampf als unerwünscht bezeichnet,weil er volkswirtschaftliche Schäden mit sich bringe und den im Interesse der Gesamtheit liegenden sozialen Frieden beeinträchtige.

13) Nikisch,Arbeitsrecht III 2.Aufl. S.353,siehe auch II S. 112,119

14) Huber,Wirtschaftsverwaltungsrecht III S.538,539

15) Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.216,296.

16) Biedenkopf,Die Grenzen der Tarifautonomie S.216,217.

2. Grundlagen und Funktion des Streikrechts.

Zunächst gilt es, den Begriff des Streiks klarzustellen, damit Mißverständnisse vermieden werden.
Streik ist die gemeinsame Verweigerung der Arbeitsleistung mit dem Ziel einer Verbesserung der Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen.
Historisch gesehen hat sich die Entwicklung des sog.Arbeitskampfes im Schoße der liberalen Gesellschaftsordnung vollzogen.[17)]
Der Liberalismus, der die geistige Grundlage der bestehenden Marktwirtschaft darstellt,baut darauf, daß die wirtschaftliche und geistige Freiheit des Menschen durch das freie Handeln zwischen den Kontrahenten zu erwarten ist. Freies Handeln heißt aber, daß die Vertragsparteien sich nicht nur formal, sondern auch tatsächlich,dh.sozialwirtschaftlich annähernd gleich stark gegenüberstehen. Nur dann kann die Vertragsfreiheit als rechtliches Mittel zur Entfaltungsfreiheit ihren Sinn erfüllen.
Diese Ausgangsbasis hat die industrielle Revolution zum größten Teil beseitigt. Wie dargelegt wurde,[18)] ist gegenüber einer wirtschaftlich starken Minderheit, die über die meisten Produktionsmittel verfügt, die große wirtschaftlich lohnabhängige Klasse der ArbN entstanden.
Die Arbeitsvertagsfreiheit der ArbN hat sich in eine formale verwandelt.
Das Unvermögen des einzelnen ArbN,die Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen von einer dem ArbG gegenüber gleich starken Position auszuhandeln, hat gerade die Notwendigkeit der Gewerkschaft ausgelöst.[19)]
Das Recht der ArbN,sich zu Vereinigungen zusammenzuschließen, ist aber nicht um der Koalition selbst willen,sondern mit dem Ziel gewährleistet, durch gemeinsame Vertretung der Ar-

17) Ramm,Arbeitskampf und Gesellschaftsordnung S.16
18) Siehe darüber S.82ff.
19) Sombert hat die Gewerkschaft als das legitime Kind des Manchestertums bezeichnet,in der Diskussion über" Die Zukunft der Sozialreform" Koalitionsrecht-Tarifrecht,Heft 64 der Gesellschaft für soziale Reformen 1919 S.24.

beitnehmerinteressen und notfalls durch gemeinsame Verweigerung der Arbeitsleistung einen wirksamen Druck auf die ArbG-Seite auszuüben.
In dem der ArbN nicht als Individuum,sondern durch die Stimme der Gewerkschaft spricht,"..Kommt er in dieselbe Lage, in der sich jeder andere Warenverkäufer befindet."[20)]
Allgemein ist deshalb die Auffassung, daß die Tarifautonomie die Wiederherstellung der Arbeitsvertragsfreiheit auf Kollektivebene erzielt.
Wenn es richtig ist, daß die Vertragsfreiheit auf Individualebene ohne Verweigerungsrecht keine Vertragsfreiheit ist, dann ist die Arbeitsvertragsfreiheit auf Kollektivebene nur dann gegeben, wenn das Streikrecht miteinbezogen ist. Denn der Streik erfüllt keine andere Funktion,als das Verweigerungsrecht wirksam werden zu lassen, das für die Vertragsfreiheit begriffsnotwendig ist.[21)]
Erstaunlich ist deshalb die Stellungnahme mancher Autoren, die, obwohl sie das Ziel der Tarifautonomie prinzipiell anerkennen, zurücktreten, wenn es um die Konsequenzen geht, die sich aus dieser Zielsetzung ergeben.
Nicht zu leugnen ist, daß der Zusammenschluß der ArbN zu Gewerkschaften den Preis der Arbeitskraft erheblich gesteigert hat.
Kann man aber den Standpunkt vertreten, daß die Anerkennung des Streikrechts im Bereich des Mitb-Rechts den ArbG in eine machtlose Lage versetzt, von der aus er seine Interessen nicht mehr wirksam wahrnehmen kann ?

3. Die rechtliche Zulässigkeit des Streikrechts und das faktisch Mögliche einer tarifvertraglichen Regelung.

Da es sich beim TV um einen privatrechtlichen Vorgang han-

20) Lujo Brentano,Das Arbeitsverhältnis gemäß den heutigen rechtlichen geschichtlichen und ökonomischen Studien 1877 S.216,zitiert nach Ramm,aaO S.16.

21) "Die Geschäftsverweigerung stellt in einer Wettbewerbsordnung eine geradezu selbstverständige Erscheinung dar,denn hier ist per definitionem der freien Initiative des einzelnen vorbehalten,ob er zum Abschluß kommt oder nicht". Belke, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsordnung S.1

delt, der die Übereinstimmung zweier Parteien voraussetzt, muß man hier zwei Dinge klar voneinander unterscheiden: Einerseits,ob es für die ArbN-Seite rechtlich zulässig ist, eine Kollektivforderung zu erstreiken und andererseits, ob sie die Verhandlungsmacht hat, die erstrebte Regelung durchzusetzen.
Die Antwort auf den Umfang des rechtlich Zulässigen kann nur vom Wesen der freiheitlichen Ordnung kommen.
Der freiheitliche Charakter der Dauerverhältnisse beinhaltet, daß jede Vertragspartei ihre Leistung für die Zukunft verweigern darf, wenn sie mit den Bedingungen der anderen nicht einverstanden ist.
Dieser Grundsatz bedeuet auf die Kollektivordnung übertragen, daß die ArbN berechtigt sind, ihre Arbeitsleistung zu verweigern, wenn sie die vom ArbG angebotenen Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen nicht akzeptabel finden.
Die Frage aber,ob sie zu einem entsprechenden TV kommen können, hängt nicht nur von der rechtlichen Zulässigkeit der Kollektivforderung ab, sondern von den bestehenden Möglichkeiten, ihre Bedingungen auf der ArbG-Seite durchzusetzen.
Stehen aber die ArbG mit schwächeren, gleichen oder stärkeren Kampfmitteln gegenüber ?
Die Kapitalseite verfügt nicht nur über das Recht,ihre eigene Leistung-das Kapital-nicht weiter zur Verfügung des Unternehmens zu stellen, nicht nur das Gehalt der ArbN vorzuenthalten,sondern schließlich auch die lösende Aussperrung auszusprechen.[22)]
Kann aber das Unternehmen nur als eine Leistung der Kapitalseite angesehen werden, so daß ihr gemäß der freiheitlichen Ordnung das Recht zusteht, die ArbN vom Unternehmen auszuschließen ?
Hier ist überwiegend ein Mißverständnis unterlaufen.
Das Unternehmen ist eine wirtschaftliche Einheit,deren Funk-

22) Über die lösende Aussperrung siehe den Beschluß des Großen Senats des BAG v.24.4.1971=RdA 1971,185ff

tionsfähigkeit immer von der Bereitschaft der ArbN abhängt, ihm ihre Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Der wirtschaftliche Wert des Unternehmens liegt gerade darin, daß neben dem Kapital auch Arbeitskräfte in Bereitschaft stehen.
Dies bedeutet aber, daß die Leistung der Arbeitgeberseite nur das Kapital ist. Es ist nun eine Sache der Machtverhältnisse zwischen Kapital und Arbeit, daß die Kapitalseite als der stärkere Verhandlungspartner die Unternehmensleitung übernimmt und dadurch den Eindruck vermittelt, daß ihre Leistung mit dem Unternehmen identisch ist.
Der gegenwärtige Stand der Machtverhältnisse vermag aber keineswegs den freiheitlichen Charakter der Verfassung zu ändern und die Kampfmittel ungleich zu verteilen.
Die freiheitliche Ordnung wäre im Kern verletzt, wenn auf der einen Seite die ArbG übermächtig stehen, auf der anderen Seite aber die ArbN nur in beschränktem Maße zum Streiken berechtigt sind.

Man darf sich aber darüber nicht hinwegtäuschen, daß die Anerkennung des Streikrechts zur Erweiterung der Mitb-Rechte allein nicht genügt, die Durchsetzung der Mitbestimmungsregelung zu ermöglichen.
Die Verhandlungsmacht der ArbG beruht auf dem konzentrierten Besitz von Produktionsmitteln. Diese Macht kann von den ArbN nicht in Kauf genommen werden, weil die Kapitalgeber durch das Streikrecht nicht gezwungen werden können, in das Unternehmen weiter zu investieren.
Nimmt man Rücksicht darauf, daß die ArbG auch zur Aussperrung berechtigt sind, dann wird man sich klar darüber, daß die ArbN nur insoweit Mitb-Rechte erstreiken können, wie sie imstande sind, dem Verhanlungsdruck der anderen Seite standzuhalten. Sie sind nicht um jeden Preis bereit, einen Streik zu riskieren, dessen Ausgang, wegen der herrschenden Machtverhältnisse keine Erfolgsaussicht gewährleistet.
Die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Streiks ist aber nicht in Zweifel zu ziehen.

6. Tarifautonome Erweiterung der Mitb-Rechte des BRates und betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeit gemäß § 3 II TVG.

§ 3 II TVG erweitert die Geltung der Tarifvertagsnormen über betriebsverfassungsrechtliche Frage auf alle Betriebe, deren ArbG tarifgebunden ist, woraus sich ergibt,daß nicht nur die Organisierten, sondern auch die Außenseiter von diesen Normen erfaßt werden.[34)]

Anläßlich dieser Vorschrift wurden Bedenken geäußert, ob bei ihrer Anwendung auch die Grundsätze der Tarifautonomie Geltung beanspruchen,insbesondere ob die Regelung solcher Fragen auch erstreikt werden kann.

Die Bedenken lassen sich darauf zurückführen, daß die in Art. 9 III GG verankerte kollektivvertragliche Regelungsbefugnis auf dem Verbandsprinzip[35)] nämlich auf der freiwilligen Unterwerfung ihrer Mitglieder beruht, während "...die Tarifgebundenheit des nichtorganisierten Arbeitnehmers nicht die(gesetzliche) Konsequenz freiwilliger Entscheidung ist, sondern kraft Betriebszugehörigkeit besteht".[36)]

Soll es bei solchen Regelungen auch zum Streik kommen,dessen Konsequenzen ebenfalls die Nichtorganisierten mittragen, obwohl sie auf seine Durchführung keinen Einfluß haben?

Im Rahmen dieser Überlegungen hat Biedenkopf[37)]die These aufgestellt, der Gesetzgeber habe durch "...§ 3 II TVG nicht die auf Art.9 III GG beruhende tarifautonome Regelungsbefugnis auf Außenseiter erstreckt"[38)] sondern den Tarifparteien vielmehr die Befugnis übertragen, "...statt der Betriebsparteien betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen zu regeln,um den Vorrang der Koalitionen auch im Betrieb zu wahren".[39)] Die Friedenspflicht des BetrVG treffe also, trotz mancher Bedenken, auch die Tarif-

---

34) Über den Geltungsbereich der betriebsverfassungsrechtlichen Normen siehe S.3ff m.w.N.
35) Über das Verbandsprinzip und seine Konsequenzen siehe Biekopf,Die Grenzen der Tarifautonomie S.50,300,318.
36) Biedenkopf,aaO S.310
37) ebenda
38) ebenda
39) ebenda

parteien.[40]

Hier gilt es,den Anwendungscereich der betriebsverfassungsrechtlichen Normen abzugrenzen.

In Betracht kommen diejenigen Normen,"die die Rechtsstellung der Arbeitnehmerschaft und ihrer Organe im Betrieb, ihre Rechte und Pflichten und ihre Stellung zum Arbeitgeber regeln".[41]

Sie beziehen sich also auf ein Betriebsorgan.

"Sie ordnen nicht selbst Angelegenheiten des Betriebes,sondern schaffen die Voraussetzzungen,um die Repräsentanten der dem Betrieb angehörenden Arbeitnehmer an ihrer Regelung zu beteiligen".[42]

Werden die betriebsverfassungsrechtliche Normen so gesehen,so müssen alle diejenigen Fälle unberücksichtigt bleiben, bei denen die Gewerkschaft die Mitb-Rechte nicht für den BRat, sondern für sich selbst beansprucht. Es handelt sich bei diesen Fällen nicht um betriebscerfassungsrechtliche Normen, weil die Gewerkschaft kein Betriebsorgan ist.[43]

uchungsgegenstand sind diejenigen Fälle, in denen die Mitb-Rechte dem BRat zukommen. Hat man eine solche Abgrenzung vor Augen, so werden durch die betriebsverfassungsrechtlichen Normen weder den Organisierten noch den Außenseitern Rechte eingeräumt oder Verpflichtungen aufgebürdet,so daß in dieser Hinsicht auch keine Gefahr besteht, daß die Rechtsposition des Außenseiters verschlechtert werden kann.[44]

Was allein stattfindet, ist eine Ausgestaltung,in der Regel Erweiterung der Mitb-Rechte des BRates oder anderer Betriebsorgane.

Der BRat ist kein Vertreter der Gewerkschaft,an deren Weisungen er gebunden ist. Er ist Repräsentant der Belegschaft,

40) Biedenkopf,aaO S.316;Richardi,Kollektivgewalt S.246,229 meint,daß auch eine nicht erstreikbare betriebsverfassungsrechtliche Norm gegenüber Außenseitern nicht gilt,weil es verfassungswidrig sei; ebenfalls Zöllner RdA 1962,453ff.

41) Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.293

42) Richardi,aaO S.245,wo der Unterschied zwischen betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen klar wird.

43) Dieses Merkmal ergibt sich deutlich aus beiden Begriffsdefinitionen.

44) Auf eine solche Belastung der Außenseiter berufen sich aber Biedenkopf,aaO S.310,312 und Richardi,aaO S.245.

und zwar der ganzen Belegschaft, die ihn durch Wahl legitimiert.

Um die Dinge klarer zu machen, muß man zwei Vorgänge unterscheiden:

a) Welche Rechte und Pflichten dem BRat zustehen, lassen sich durch das BetrVG und -soweit dies zulässig ist-[45] durch Tarifverträge bestimmen.

Die Tarifparteien nehmen dadurch die verfassungsrechtlich garantierte Befugnis, die Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu fördern, insoweit wahr, als sie die Mitb-Rechte des BRates verstärken.[46]

Bis dahin sind die Tarifparteien den Prinzipien der Tarifautonomie unterworfen; sie sind also berechtigt, sich des Streikrechts zu bedienen.

Die Gewerkschaft handelt nicht "statt der Betriebspartei",[47] sondern als Tarifpartei im überbetrieblichen Bereich.[48]

Der ArbG ist auch nicht gehindert, von Abwehrkampfmaßnahmen Gebrauch zu machen.[49]

Eine solche Erweiterung der Mitb-Rechte kann sowohl durch Verbands-als auch durch Firmentarif erfolgen.

b) Wie nun aber der BRat seine vom BetrVG und von Tarifverträgen ausgestalteten Aufgaben zu erfüllen hat, ist nur durch die Grundsätze des BetrVG,vor allem nach §75 BetrVG,zu entscheiden, so daß eine Erweiterung oder Ausgestaltung

---

45) Die Zulässigkeit einer tarifvertraglichen Erweiterung resultiert freilich nicht nur daraus, daß in manchen Vorschriften ein TV ausdrücklich zugelassen ist(zB §87 I, § 102 VI BetrVG), sondern aus einer Auslegung des BetrVG in Verbindung mit dem TVG und im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung.

46) Anderer Meinung Biedenkopf,aaO S.310

47) So aber Biedenkopf,ebenda.

48) Wenn man auch die Ansicht vertritt,daß bei §87 BetrVG der TV nicht nur die Angelegenheiten erweitern, sondern auch den BRat durch die Gewerkschaft ersetzen kann,so handelt die Gewerkschaft mit Streikfreiheit.Es wäre sinnlos,wenn die Gewerkschaft weniger wirksam,als der BRat handelte. Dies ergibt sich klar aus den der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegenden Angelegenheiten des §87 in Verbindung mit §74 II S.2 BetrVG(dazu Biedenkopf,aaO S.314)Die Gewerkschaft agiert in diesem Fall auch für die Außenseiter.Dies ist der Wille des Gesetzgebers.Anderer MeinungRichardi aaO S.246

49) Irrig ist die Meinung Richardi,der dem ArbG auch gegenüber der Gewerkschaft die Kampfmaßnahmen abspricht.Das in §74 II festgesetzte Verbot von Kampfmaßnahmen gilt nur gegenüber dem BRat,der nicht über die Schlagkraft der Gewerkschaft verfügt,siehe Richardi aaO S.245,246

der Mitb-Rechte des BRates,nicht je nach Tarifgebundenheit eine differierende Einflußnahme auf die Belegschaftsmitglieder bedeute t.[50)]

Dieses Ergebnis gilt, wenn der TV,wie schon ausgeführt,eine betriebsverfassungsrechtliche Norm beinhaltet,m.a. Worten wenn er die Rechtsstellung des Brates als solche betrifft, nicht wenn er Inhaltsnormen enthält,zu deren Einhaltung der BRat gemäß § 80 I Nr.1 BetrVG befugt ist.
Wird zB zulässigerweise dem BRat durch TV ein Zustimmungsrecht bei Entlassungen oder Einstellungen eingeräumt,so hat seine Ausübung mit der Tarifgebundenheit nichts zu tun.
Der BRat ist an den Grundsatz der Gleichbehandlung gemäß §75 gebunden.
Wenn aber durch TV die Einstellung nur organisierter ArbN vereinbart wird, so ist dise Norm keine betriebsverfassungsrechtliche,sondern eine Inhaltsnorm, zu deren Einhaltung-Zulässigkeit vorausgesetzt- der BRat nach dem BetrVG verpflichtet ist.

Schluß : Solange es um betriebsverfassungsrechtliche Fragen geht, kann ihre Regelung auch erstreikt werden.

---

50) Daß die Berufung auf die verschiedenenPrinzipien(Verbandsprinzip auf der einen Seite,Betriebszugehörigkeit auf der anderen) mit einem angeblichen Schutz der Außenseiter nichts zu tun hat, legt Richardi selbst, ein Gegner der tariflicher Erweiterung, aufschlußreich nahe:"Für die Gewerkschaften wäre deshalb eine umfassende betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeit der Tarifparteien ein ausgezeichnetes Mittel,um im Betrieb Fuß zu fassen". weiter"Durch eine tarifvertragliche Gestaltung der Betriebsverfassung könnte die Gewerkschaft....den Betriebsrat, wie es ihren Vorstellungen entspricht,zum verlängerten Arm der Koalition imBetrieb machen"(Richardi,aaO S.245 mit ebenda weiteren Nachweisen in Fn.7).Daraus ergibt sich klar, daß die Sorge nicht für die Außenseiter, sondern für eine eventuelle Erweiterung der gewerkschaftlichen Einflußnahme auf den Betrieb ist.vgl auch Biedenkopf ,aaO S.272ff(286).

XI K a p i t e l

Tarifvertragliche Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse und Gesellschaftsrecht.

1. Problemstellung

Hier gilt es,die Frage der Vereinbarkeit TV und Unternehmensstruktur unter gesellschaftsrechtlichen Aspekten zu prüfen. Eine solche Untersuchung,wie schon von Anfang an zugrundegelegt wurde,kann sich in zwei Richtungen orientieren :

a) Einerseits erhebt sich die Frage, ob die zahlreichen, als Vorschläge an den Gesetzgeber formulierten "Unternehmensverfassungs"-und Mitbestimmungsmodelle, die sämtlich auf eine veränderte Zusammensetzung der Unternehmensorgane zielen, etwa i.Sinne einer paritätischen Zusammensetzung des Aufsichtsrates,[51] auch mit Hilfe tarifvertraglicher Abmachungen realisiert werden können.

b) Andereseits läßt sich die Überlegung anstellen, ob ein vergleichbares Ergebnis außer den "integrationistischen Modellen" in der Weise erreicht werden kann,daß die zuständigen Unternehmensorgane die Durchführung ihrer Sachentscheidungen von der Zustimmung einer tariflich vereinbarten Stelle,zB des BRates,abhängig machen. Kann zB die Stillegung eines Zweigbetriebes,die Vornahme von Investitionen im Ausland,die Einführung neuer Fertigungsverfahren,die Durchführung von Rationalisierungsmaßnahmen,die Aufnahme von Krediten oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses allgemein von der Zustimmung des BRates abhängig gemacht werden? [52]

---

51) Siehe den Bericht der Mibestimmungskommission BT-Drucks. VI/334 S.27f,66

52) Zu dieser Problematik siehe Däubler,aaO S.325ff,der eine umfangreiche und sehr anschauliche Darstellung unternommen hat.

2. Herrschende Meinung und Kritik daran.

Die herrschende Lehre nimmt dazu eine negative Stellung ein.[53)]

Es handele sich nicht um betriebs-sondern um unternehmensverfassungsrechtliche Fragen, deretwegen auch §§ 76,77 BetrVG zwingenden Charakter haben,obwohl sie rechtstechnisch im BetrVG eingeordnet sind.[54)]

Die Richtigkeit dieser Argumente ist nicht unanfechtbar.

Die Entsendung der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat betrifft nicht nur die Unternehmensverfassung; sie definiert zugleich die rechtliche Stellung der Belegschaft als organisierte Einheit,sie bestimmt ihre Rechte und Pflichten mit, so daß von diesem Standpunkt aus auch von betriebsverfassungsrechtlichen Normen im weiteren Sinne, oder zumindest von Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen betreffenden Normen gesprochen werden kann.

Das Argument,daß es bei den betriebsverfassungsrechtlichen Normen um Rechte gegenüber dem Kapitalträger in seiner Eigenschaft als ArbG[55)], nicht als Unternehmer geht,kann nicht ausschlaggebend sein.

Ausgerechnet die Unterscheidung zwischen ArbG und Unternehmer findet im Art.9 IIIGG,der den Tarifparteien die Regelung der Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen aufgegeben hat, keinen Anhaltspunkt.[56)]

Vom Wortlaut und Zweck des Art.9 III GG ergibt sich vielmehr, daß die zu Diskussion stehenden Fragen zum Begriffspaar Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen gehören.[57)]

Entscheidend ist dagegen bei diesem doppelten Charakter der §§ 76,77 BetrVG die Frage,welcher Qualifikation der

---

53) Beuthien JurA 1970,131;Biedenkopf,aaO S.273 Fn.57;Neumann-Duesberg,Die Grundrechte III/1 S.416;Söllner,Arbeitsrecht 2.Aufl.S.129;ders.AuR 1966,222;Siegert,1958, 421;Hoffmann,Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht S.6;Anderer Meinung:Däubler,aaO S.325ff; Hensche AuR 1971,33 ff.

54) Ähnlich lautet das Argument,daß der Tarifautonomie nur arbeitsrechtliche,nicht aber handelsrechtliche Angelegenheiten siehe dazu Siebert,1958,421.

55) Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.293; siehe hier S.3ff.

56) Däubler, aaO S.327

57) Däubler,aaO S.185ff,194,327

Ausschlag zu geben ist ist.

Die Antwort ist davon abhängig,welche öffentliche Interessen die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften bei jeder Unternehmensform schützen und ob diesen Anliegen der Vorrang gegenüber den Arbeitnehmerinteressen anzuerkennen ist.
Auch die These,das Gesellschaftsrecht enthalte organisatorische Bestimmungen, die als solche niemals tariflicher Gestaltung zugänglich seien,[58] ergibt an sich keine befriedigende Lösung.
Allein die Tatsache,daß die Satzung einer GmbH wie auch der Gesellschaftsvertrag einer Personalgesellschaft in weitem Umfang der Parteidisposition unterliegen und daß jedenfalls im Verhältnis der Gesellschafter miteinander schlechterdings nicht von einer zwingenden Wirkung "organisationsrechtlicher" Bestimmungen die Rede sein kann, läßt daran Zweifel aufkommen.[59]
Tarifautonomie und Gesellschaftsrecht im Unternehmensbereich in Einklang zu bringen, kann nur bei den einzelnen Gesellschaftsformen unternommen werden,weil es einen allgemeinen Teil des Gesellschaftsrechts nicht gibt.[60]

3. Die unter der Geltung des BetrVG stehende Aktiengesellschaft(AG).

Das BetrVG hat in §76 vorgesehen,daß der Aufsichtsrat einer AG zu einem Drittel aus Vertretern der ArbN besteht. Ist diese Regelung tariflichen Abmachungen zugänglich,so daß etwa eine paritätische Besetzung eingeführt werden kann ?

---

58) Hueck-Nipperdey,aaO II/1 S.490
59) Däubler,aaO S.327 m.w.N.
60) Von allen Autoren,die sich mit dieser interessanten wie auch schwierigen Frage befaßt haben,hat sich,soweit ersichtlich,nur Däubler systematisch und eingehend damit auseinandergesetzt und bahnbrechende Wege eingeschlagen,die wohl besondere Aufmerksamkeit verdienen, siehe Däubler aaO S.328ff;Einen sehr aufschlußreichen Beitrag dazu hat auch Hensche geleistet in AuR 1971,33ff.

§ 23 V AktG bestimmt,die Satzung kann von den Vorschriften des AktG nur abweichen,wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Lediglich ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, soweit das AktG keine abschließende Regelung enthält. Die Zusammensetzung und die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder sind in §§ 95,96 AktG eingehend geregelt. Diese Vorschriften in Verbindung mit § 76BetrVG ergeben unzweideutig, daß der Aufsichtsrat zu einem Drittel aus ArbN-Vertretern und zu zwei Dritteln aus Vetretern der Aktionäre bestehen muß.
Die Aktionärsvertreter werden nach § 101 Abs.1 und 119 Abs. 1 Nr.1 AktG von der HV gewählt.
Die angeführten Vorschriften sind so formuliert, daß kein Abweichen der Satzung vom gesetzlich Vorgeschriebenen gefolgert werden kann. Die abschließende Regelung erfaßt auch das Verhältnis zwischen ArbN-und Anteilseignervertretern.[61)]
Dem so einstimmig vertretenen zwingenden Charakter dieser Vorschriften wäre aber trotzdem nicht auf Grund des blossen Wortlauts zuzustimmen, wenn der Rechtsgrund dieser Satzungsstrenge nicht ausreichend erkennbar wäre.
Für eine abschließende Regelung spricht wohl der Schutz des Publikums,[62)] das sich durch Aktienerwerb an der Gesellschaft beteiligt.
Die AG ist typischerweise auf breite Kapitalaufbringung durch eine Vielzahl von Aktionären angelegt.
Der Erwerb von Inhaberaktien,der durch den Börsenhandel die höchste Stufe der Verkehrsfähigkeit erreicht, eben weil er eine lockere Verbindung der Aktionäre mit der Gesell-

---

61) Einhellige Meinung :Baumbach-Hueck AktG Komm.13 Aufl. Anhang nach §96 Anm.4,13,§ 101 Anm.4;Godin-Wilhelmi,AktG Komm. 3.Aufl.§95 Anm.6,§101 Anm.2 und 4;Hueck-Nipperdey-Säcker,Hehrbuch des Arbeitsrechts 7.Aufl.II/2 S.1490; Beuthien JuR 1970,131ff;Hensche AuR 1971,34;Däubler,aaO S.328;Fitting-Auffarth-Kaiser,BetrVG Komm.11.Aufl. Anhang zu § 129 Anm.7

62) Es handelt sich um Interesse, das den Aktionsradius des TV überschreitet.

schaft mit sich bringt, stellt an das Schutzbedürfnis des anlagewilligen Publikums höhere Ansprüche.[63]
Zumindest muß der Kleinaktionär vom Gesetz her sicher sein, daß seine Kapitalanlage mit nicht beliebig von den Gesellschaftern(Aktionären) abänderbaren Mitgliedschaftsrechten verbunden ist. Er muß vor ungewissen Situationen geschützt sein.[64]
Der Schutz,der durch die Registerbublizität gewährt wird, kann nach Auffassung des Gesetzgebers demjenigen nicht ausreichenden Schutz anbieten,der sich in der so erleichterten Form des Aktienerwerbs an der AG beteiligt.Nur die gesetzlich vorgeschriebene Gesellschaftsverfassung kann zuverlässiger Garant sein.[65]
Ergebnis: Durch TV kann die Unternehmensverfassung nicht berührt werden. Ein mit solchem Inhalt abgeschlossener TV entfaltet keine unabdingbare Wirkung.

a) Tarifliche Verpflichtung zur Satzungsänderung.

Däubler hat nun die Frage aufgeworfen, inwieweit eine tarifliche V e r p f l i c h t u n g der AG begründet werden kann, im Rahmen des vom Gesetz Zugelassenen ihre Satzung zugunsten einer erweiterten Beteiligung der ArbN zu ändern.[66]
Obwohl das vom Gesetz Zugelassene sehr eng ist, ist die einschlängige Problematik deswegen von Bedeutung, weil sie zusammenhängende Fragen erläutert, die in einem späteren Abschnitt verwertet werden können.

---

63) Hensche, AuR 1971,35
64) ebenda
65) Ob solche gesetzgeberische Überlegungen die ganze Wirklichkeit wiederspiegeln ,ist gewiß zweifelhaft.Der Kleinaktionär ist meist nur an der Dividendengarantie oder an einem vorläufigen Aktienbesitz interessiert,während vom Großaktionär zu erwarten ist,daß er rechtzeitig über die Satzung und die wirtschaftliche Kapazität der AG informiert sein soll.siehe Hensche,AuR 1971,35.
Es ist aber nicht zu übersehen,daß solche differierende Gedanken juristisch schwer einen Niederschlag finden können,weil sie auf kaum erkennbare subjuktive Momente zurückzuführen sind.
66) Däubler,aaO S.329.

Zunächst gibt es keine Bedenken vom Tarifrecht her gegen eine solche Abmachung, "da der obligatorische Teil grundsätzlich alle Sachbereiche innerhalb der Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen ausschöpfen kann,die normativer Regelung nicht zugänglich sind".[67] Die h.Meinung unterstellt sogar den obligatorischen Teil nur den allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit.[68]

Vom Gesellschaftsrecht her stellt sich aber die Frage:Ist es mit der ganzen Struktur der AG vereinbar,auf dem Wege einer (tarif)vertraglich begründeten Pflicht eine Änderung der Satzung herbeizuführen?

Die Frage betrifft in erster Linie die Verpflichtungsfähigkeit der AG,in zweiter Linie ist sie auch eine Kompetenzfrage. Zunächst hat sie nichts zu tun mit der oft getroffenen Feststellung,daß die Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlußes nicht von der Zustimmung eines außenstehenden Dritten abhängig gemacht werden kann.[69]

Denn hier handelt es sich nicht um die Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlußes, sondern um die Wirksamkeit des dazu verpflichtenden Vertrages. Es geht nicht um "dingliche", sondern um obligatorische Einwirkung. Die HV behält trotzdem ihre Entscheidungsfreiheit.

Die Kernfrage konzentriert sich darauf,ob die AG als geschlossene Einheit die Rechtsfähigkeit hat,eine solche Verpflichtung einzugehen.

Die juristischen Personen sind grundsätzlich,was die Rechtsfähigkeit betrifft,den natürlichen Personen gleizusetzen, außer in Bezug auf diejenigen Rechte und Pflichten,die ihrer Natur nach nur dem Menschen zustehen können.

Bei den natürlichen Personen ist zwar richtig, daß nicht immer eine volle Übereinstimmung zwischen Verfügungsmacht und Verpflichtungsfähigkeit besteht,wie die Fälle höchstpersönlicher Befugnisse zB das Recht zum Glaubenswechsel, zeigen.[71]

---

67) Däubler,aaO S.329

68) ebenda m.w.Nachweisen.

69) RGH 169,80(81);Kammergericht JW 1930,1412;Baumbach-Hueck,AktG Komm. §179 Rn.4;auch Baumbach-Hueck,GmbHG Komm.13.Aufl. § 53 Anm.2 A;F.ScholzGmbHG Komm.5.Aufl. §53 Rn.14.

70) Däubler,aaO S.330 Fn.24.

Ist der AG aber ein solcher, dem Persönlichkeitsschutz entsprechender autonomer Bereich zu entnehmen,der der AG "unentziehbare" Befugnisse verleiht,in dem Sinne,daß die inneren Angelegenheiten der AG nach eigenem Ermessen bestimmt werden müssen ?[71)]

Ein solches Autonomieprinzip ist keineswegs anzunehmen. Solch ein Prinzip würde an den Bestimmungen scheitern,die die "Indienstnahme" einer AG von einem anderen Unternehmen zulassen(§291 AktG) und die auf diese Weise die wirtschaftliche Selbständigkeit der AG weitgehend berauben lassen.Es würde aber weiter mit der Zulässigkeit und Erzwingbarkeit der Stimmbindungsverträge nicht in Einklang stehen.[72)]

Wenn durch die Stimmbindungsverträge eine Satzungsänderung anhand des Mehrheitsaktionärs akzeptabel ist,könnte dies der AG selbst versagt werden ?

Mit der Zulässigkeit der Verpflichtungsfähigkeit zur Satzungsänderung an sich ist die Frage aber noch nicht erledigt. Anders als bei den natür.Personen,spricht bei den juristischen Personen das Problem der Vertretung und der inneren Kompetemzverteilung mit.

Gemäß § 78 AktG vertritt der Vorstand die AG gerichtlich und außergerichtlich, während § 82 AktG diese Vertretungsbefugnis für unbeschränkbar erklärt. Wie ist aber mit der Verpflichtung zur Satzungsänderung weiterzugehen ?

Baumbach-Hueck[73)] vertreten die Ansicht, wenn es sich nicht um Rechtsgeschäfte der AG mit Dritten,sondern um körperschaftliche Maßnahmen handele,welche die Grundlagen der Gesellschaft betreffen,wie Satzungsänderungen.., sei der Vorstand nicht dazu berufen.

Schlüter [74)] steht auf dem Standpunkt, daß die "Grundlagen der Gesellschaft" auch vom Vorstand nicht angetastet werden dürfen.

---

71) Däubler,aaO S.330,331
72) Fischer,FS für Kunze S.95ff mwN;Däubler,aaO S.331
73) Baumbach-Hueck, Komm.zum AktG 13.Aufl.§ 82 Rn.4.
74) Schlüter,Die Vertretungsmacht des Gesellschafters und die Grundlagen der Gesellschaft 1965 S.11ff m.w.N.und 58ff.

Diese Argumentation bezieht sich besonders auf die OHG, wo angenommen wird, daß dem vertretungsbefugten OHG-Gesellschafter, trotz §126 HGB,nicht gestattet ist, einen Gesellschafter aufzunehmen oder die Gesellschaft dazu zu verplichten,[75] während Hachenburg-Schilling diesen Rechtssatz auch auf die GmbH ausdehnen.[76]
Entgegen diesen Auslegungen hat sich das RG aber schon 1921 dafür ausgesprochen, daß n u r die Aufnahme eines Gesellschafters von der Mitwirkung auch der nicht vertretungsberechtigten Gesellschafters abhängig ist, nicht aber die Begründung einer darauf gerichteten Verpflichtung.[77]
Könnte diese für die OHG so umstrittene negative Stellungnahme auf die AG übertragen werden ?
Das vorgebrachte Argument,wäre der Vorstand ohne weiteres befugt, derartige Rechtsgeschäfte abzuschließen, so könnte er die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung überspielen,[78] fällt wohl ausschlaggebend ins Gewicht.
Da aber die Ablehnung der Zulässigkeit eines solchen Rechtsgeschäfts n u r eine Frage der Kompetenzverteilung ist, mit der Verpflichtungsfähigkeit der AG dagegen nichts zu tun hat, sieht man sich angehalten, nach anderen Modalitäten zu suchen, die sowohl die Zuständigkeit der Gesellschaftsorgane als auch die Zuständigkeit der AG respektieren.
Für die Lösung dieser antinomischen Situation-unbeschränkte Vertretungsmacht des Vorstandes auf der einen Seite, Gefahr einer Aushöhlung der Kompetenzen anderer Gesellschaftsorgane auf der anderen- hat der Gesetzgeber selbst deutliche Ansätze gesetzt.
Das AktG schreibt in § 293 Abs.1 vor,daß ein Unternehmensvertrag ,gemäß dem die AG die Leitung ihrer Gesellschaft

---

75)A.Hueck,Das Recht der OHG S.294
76)Hachenburg-Schilling, Komm.zum GmbHG 6.Aufl. § 35 Anm.6, lehnen Verpflichtungen ab,die die Gesellschaft zu einem gesellschaftsrechtlichen Akt anhalten.
77)RG 1921,1293
78)Däubler,aaO S.332

einem anderen Unternehmen unterstellt, nur mit Zustimmung der HV wirksam wird. Das bedeutet aber,daß der Vorstand zu einem solchenVertrag handlungsfähig ist und die Zustimmung der HV nur für die Wirksamkeit des vom Vorstand abgeschlossenen Vertrags erforderlich ist.
Obwohl gemäß § 293 Abs.1 Satz 4 AktG der Unternehmensvertrag nicht als Satzungsänderung qualifiziert wird, übersteigt er an Bedeutung eine solche Änderung.[79)]
Wenn solche Rechtsgeschäfte, wie ein Beherrschungsvertrag, zulässigerweise vom Vorstand abgesclossen werden, so ist nicht einzusehen, warum ein vergleichbares Ergebnis mit der Gewerkschaft als Vertragspartner nicht akzeptabel ist. Es stünde nichts im Wege,wenn tarifvertraglich eine Verpflichtung eingegangen würde,im Rahmen des vom Gesetz Zugelassenen eine weniger tiefgreifende Änderung der Satzung zugunsten der ArbN herbeizuführen.[80)]

b) Praktische Anwendungsmöglichkeiten.

Trotz der Zulässigkeit solcher vertraglicher Verpflichtungen zu Satzungsänderung ist die Gestaltungsfreiheit der HV vom Gesetz sehr eingeschränkt.
Solch eine denkbare Einräumumg von Stimmrechten zugunsten der ArbN, damit sich ein paritätisches Stimmenverhältnis ergibt, stößt auf die gemäß § 23 Abs.5 zwingenden Vorschriften der §§ 12 und 134 AktG, die als Stimmrechtsberechtigte nur Aktionäre kennen. Das Stimmrecht ist immer mit Aktien verbunden. Der Grund liegt darin,daß der Einzelaktionär seine Einflußmöglichkeiten nur durch seine Kapitalanlage abschätzen kann.[81)]
Eine zweite denkbare Form kommt aus § 101 AktG, der nicht nur die von der HV gewählten Aufsichtsratsmitglieder kennt.

Ein Recht aber, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden, kann gemäß § 101 Abs.2 Satz 1 AktG durch die Satzung nur für bestimmte Aktionäre oder für die jeweiligen Inhaber bestimmter Aktien begründet werden. Würde man diese beschränk-

79) Däubler aaO S.333
80) Daran hindert die Existenz eines bis zur Genehmigung durch die HV schwebenden TV nicht, angesichts der ähnlichen Situation in §3 BetrVG,wo die Zustimmung der obersten Arbeitsbehörde verlangt wird,siehe dazu Däubler aaO S.333 Fn.38
81) Däubler,aaO S.334

te Möglichkeit mit einer Art Belegschaftsaktie eröffnen, so könnte die Gewerkschaft eine bestimmte Menge von solchen Aktien erwerben, die aber höchstens für ein Drittel der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre eingeräumt werden können (§101 Abs.2 Satz.4 AktG)
Sie können aber, dem anderen vom Gesetz bestimmten Drittel (§ 76 BetrVG) hinzugefügt, einen zunehmenden Einfluß bedeuten. Dieser Weg ist aber insoweit nicht gangbar,als er Kapital voraussetzt, über das die Gewerkschaft normalerweise , angesichts der riesigen Kapitalgesellschaften wohl kaum verfügt.[82)]
Schließlich bietet der Weg, in der Satzung bestimmte persönliche Voraussetzungen für die Wählbarkeit aufzustellen und so zB für bestimmte Aufsichtsratssitze nur ArbN vorzusehen, nur beschränkten Spielraum,weil gemäß § 101 Abs.1 Satz 4 AktG die HV nur im Rahmen der §§ 6 und 8 des Mitb-Gesetzes an Wahlvorschlägen gebunden ist.[83)]

c) Der Weg über die Beteiligung an Sachentscheidungen

1) Vertretungsmacht des Vorstandes und Verpflichtungsfähigkeit der AG.

Die Feststellung. daß eine tarifvertragliche Verpflichtung zur Satzungsänderung wenig ergiebig ist, zwingt zu anderen Konzeptionen.
Ausgangspunkt muß die These sein, daß der Gesetzgeber,auf Grund des in Art. 2 Abs.1 und 20 GG verankerten Selbstbestimmungsrechts, die Entscheidung im Produktionsprozeß nicht z w i n g e n d der einen oder der anderen Seite vorbehalten darf.
Nicht nur das BetrVG, sondern auch das Gesllschaftsverfassungsrecht sind strukturgestaltende Gesetzesnormen, Normen nämlich, die nur die Struktur des Arbeitsprozeßes ordnen, nicht aber damit unmittelbar auf den Inhalt der dort fallenden Entscheidungen einwirken wollen.[84)]

---

82) Däubler,aaO S.334
83) ebenda
84) Über die Gesetze mit strukturgestaltendem Charakter und diejenige,die eine Sachentscheidung treffen siehe Däubler aaO S.212ff, auch hier S.89.

In welchen Formen wäre es aber zulässig, den Arbeitnehmern durch TV ein Zustimmungsrecht in der Weise einzuräumen,daß die ArbG für bestimmte,die ArbN-Interessen mitbetreffende unternehmerische Entscheidungen, die Zustimmung der ArbN einholen müssen?[85)]

Gemäß § 82 Abs.1 AktG kann die dem Vorstand nach § 78 Abs.1 AktG zustehende Vertretungsmacht nicht beschränkt werden.

Diese den Schutz des Geschäftsverkehrs betreffende Vorschrift in Verbindung mit § 23 Abs.5 AktG wirkt auch gegenüber den Tarifparteien zwingend.

Der Schutz Dritter, die mit der AG verhandeln und sich auf die vom Vorstand allein innegehaltene Vertretungsmacht verlassen,ist ein i.Sinne der verfassungsmäßigen Ordnung höherwertigeres Rechtsgut,das nicht zu verkennen ist.

Ein TV also, der die Wirksamkeit der vom Vorstand abzuschließenden Rechtsgeschäfte von der Zustimmung des BRates abhängig macht,entfaltet keine unabdingbare Wirkung und läßt die trotzdem zustandegekommenen Rechtsgeschäfte unberührt.

Das Versagen des TV betrifft aber nur die Außenwirkung der Rechtsgeschäfte,die der Vorstand mit Dritten abschließt. Über das Innenverhältnis-zwischen dem ArbG und dem BRat ist damit nichts ausgesagt.

Denn es ist denkbar,ohne die Außenwirkung der Rechtsgeschäfte in Frage zu stellen,tarifliche Abmachungen mit entsprechenden Vertragsstrafen für den Fall der Verletzung zu treffen,so daß im Ergebnis die Interessen der ArbN gleich wirksam abgesichert werden können.

---

85) Dieses System ist in der amerikanischen Arbeitsverfassung bekannt,wo die Rechtsordnung die Unternehmensleitung verpflichtet, über alle die ArbN und die Sicherheit der Arbeitsplätze betreffenden Entscheidungen mit der Gewerkschaft bona fide zu verhandeln,siehe Müller-Peddinghaus,Die Die Arbeitnehmerbeteiligung an wirtschaftlichen Entscheidungen im Unternehmen nach Deutschem und amerikanischem Recht,Diss. 1969 § 19 III 7

Ist aber der Vorstand zu solchen Verträgen berechtigt? Gemäß § 76 Abs.1 AktG hat der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten. Ist daraus der Schluß zu ziehen, daß die Verantwortung mit vertraglichen Verpflichtungen in Widerspruch steht ?
Die Antwort gibt gerade die Zielsetzung des § 76 Abs.1 AktG. Der Gesetzgeber wollte mit § 76 Abs.1 zum Ausdruck bringen, daß der Vorstand die Gesellschaft unter Auschluß jedes anderen Gesellschaftsorgans zu vertreten und zu leiten hat. Weil er dazu ausschließlich berechtigt ist,trägt er gegenüber den anderen Gesellschaftsorganen die volle Verantwortung dafür, daß er bei seiner Geschäftspolitik das Gesetz und die Satzung eingehalten hat.
Die eigenverantwortliche Leitung betrifft nur seine Rechtsstellung innerhalb der Gesellschaft und ist das notwendige Korrelat für seine ausschließliche Vertretungsmacht nach außen.
Die Leitung unter eigener Verantwortung berührt also nicht die Verpflichtungsfähigkeit der AG.[86)]
Für natürliche Personen ist die Zulässigkeit einer Schuldverpflichtung, nach der der Eigentümer eines Hauses nur mit Zustimmung eines Dritten das Haus vermieten darf schon anerkannt.[87)] Dies ist eine konsequente Anwendung des § 137 Satz 2 BGB, der nach Wortlaut und Sinn für Rechtssubjekte jeder Art gilt.[88)89)]

86) Diese Auffassung wird bei Mayer-Landrut in Großkommentar § 82 Anm.3,bestätigt"Der Vorstand kann mit rechtlicher Wirksamkeit sämtliche Handlungen vornehmen, die überhaupt im Namen einer AG vorgenommen werden können.Die Grenzen des Tätigkeitsbereichs der AG sind die Grenzen der Tätigkeitsbefugnis des Vorstandes(Gierke,Genossenschaftstheorie S.607ff)und diese sind durch den satzungsmäßigen Zweck und Gegenstand der Gesellschaft nicht beschränkt...."Zutreffend auch Mertens in Köllner Kommentar §76 Rn.4,§82 Rn.6.

87) Hefermehl in Soergel-Siebert BGB Komm.10.Aufl.§137 Rn.11

88) Teichmann,Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen 1970 S.190 "...Sicherlich kann sich eine Gesellschaft,wie jeder Handelsunternehemer,der Kontrolle eines Dritten,eines Kreditgebers,Lieferanten oder Abnehmers unterstellen ".

89) Däubler,NJW 1968,1117ff(1119)vertritt mit Recht die Meinung,daß § 137 Satz 1 BGB den Rechtsverkehr,nicht den Rechtsinhaber schützen will.Diese Stellungnahme erklärt ausreichend,warum der Rechtsinhaber zulässigerweise zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts an die Zustimmung eines Dritten gebunden sein kann.

Nimmt man Rücksicht auf Art.19 III GG, so ist nicht einzusehen,warum für die juristischen Personen ein anderer Rechtssatz gelten muß.

Auf Grund dieser Überlegungen kann man den Standpunkt vertreten,daß nicht nur einzelne Rechtsgechäfte, sondern auch die gesante Geschäftstätigkeit Gegenstand eines obligatorischen Vertrags sein kann,nach dem sie von der Zustimmung eines Dritten zB des BRates abhängig wird.

Wenn bei natürl.Personen ein solcher Vertrag als Knebelungsvertrag zu qualifizieren ist, ist dieser Weg für die juristischen Personen nicht versperrt. Denn die juristischen Personen sind nicht nur handlungsfähige Personen,sondern von Natur aus in erster Linie "Zweckgebilde" mit pekuliarischem Charakter und als solche auch verschiedener Ausgestaltung zugänglich.[90]

2) Analoge Anwendung der Unternehmensverträge.

Daß solche Erwägungen beim AktG besonderen Eingang gefunden haben,bestätigt § 291 Abs.1 AktG,nach dem eine AG oder Kommanditgesellschaft durch Beherrschungsvertag ihre Leitung einem anderen Unternehmen unterstellen kann.

Wenn durch Beherrschungsvertrag die "Indienstnahme" einer AG legalisiert wird, ist umso mehr ein Vertrag zulässig, in dem nicht die hundertprozentige Unterstellung,sondern die Fremdbestimmung nur zur Hälfte in Anspruch genommen wird(Argumentum a majore ad minus).

Da aber die Unternehmensverträge nach h. Meinung erschöpfend geregelt sind, erhebt sich die Frage:

Ist eine analoge Anwendung der bei Unternehmensverträgen getroffenen Regelung möglich,wenn an die Stelle der einen Vertragspartei nicht ein Unternehmen,sondern die Gewerkschaft tritt ?[91]

---

90) Kronstein,Abhängige juristische Personen S.68ff;Wiethölter ,Interessen und Organisation der AG S.1ff.

91) Hier geht es nicht um die Frage,ob das Unternehmen bei Unternemensverträgen in institutionellem oder funktionellem Sinne zu verstehen ist,weil die Gewerkschaft in keinem Sinne als Unternehmen gekennzeichnet werden kann, für den Unterschied zwischen institutionellem und funktionellem Begriff des Unternehmens Kroppf BB 1965,1285;Möhring NJW 1967,1ff;Kellmann BB1969,1511.

Man muß zunächst klarstellen,daß der Beherrschungsvertrag nicht die Vertretungsmacht des Vorstandes der beherrschen Aktiengesellschaft aufhebt. Er v e r p f l i c h t e t nur den Vorstand,nach den Weisungen des herrschenden Unternehmens zu handeln.[92)]

Ist aber die AG nur zu solchen Verträgen rechtsfähig, bei denen die andere Vertragspartei ein Unternehmen ist?
Ist also das Merkmal des Unternehmens für die andere Vertragspartei eine Voraussetzung für die Verpflichtungsfähigkeit der AG ?
Wenn dies nicht der Fall ist,dann ist die AG auch zu anderen Verträgen rechtsfähig,nach denen sie sich einer außergesellschaftlichen Stelle unterstellen kann.Dann ist der Vorstand entsprechend handlungsfähig.
Das Ziel der in § 291ff niedergelegten Regelung gibt klar die Antwort.
Das Gesetz will dadurch diejenigen schutzwürdigen Interessen absichern,die bei einer Unterstellung der AG einer Gefahr ausgesetzt werden können.Gerade die Tatsache,daß die AG, sich einer außergesellschaftlichen Stelle unterstellen kann,hat die in §§ 291ff enthaltene Regelung ausgelöst. Der Gesetzgeber hat bestimmte typische Fälle geregelt,eben weil er nur bei ihnen eine Gefahr für schutzwürdige Interessen erblickt hat. Sonst sieht er die vertragliche Unterstellung als einen Ausfluß der Vertragsfreiheit, die jeder Person zusteht.
Die These von erschöpfender Regelung kann deshalb folgenden Sinn haben:
Im Falle,daß eine AG sich einem Unternehmen unterstellt, dann müssen die in § 291ff geregelten Unterstellungsformen eingehalten werden,so daß ein Abweichen davon zur Nichtigkeit führt. Hier geht es um den Interessengegensatz zwischen zwei Kapitalstellen-dem Mehrheitsaktionär auf der einen,den außenstehenden Aktionären und den Gläubigern auf der anderen Seite.

---

92) Siehe dazu Würdinger,Aktien-und Konzernrecht 1966,S.289

Der Fall aber,wo die andere Vertragspartei kein Unternehmen ist,ist in §§ 291ff nicht geregelt. Es bleit dabei bei der allgemeinen Verpflichtungsfähigkeit der AG.
Es versteht sich von selbst,daß ein solcher Vertrag analog § 293 Abs.1 erst nach Zustimmung der HV wirksam wird.
Entsteht aber durch eine derartige Unterstellung eine ähnliche Gefahr für die bei Unternehmensvertägen als schutzwürdig anerkannten Interessen, dann ist eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Schutz der außenstehenden Aktionäre und der Gläubiger geboten.
Diese Auslegung wird nicht nur vom Zweck der §§ 291ff AktG, sondern ebenso klar von der Entstehungsgeschichte, wie auch vom bisher geltenden Recht bestätigt.
Die Begründung des Regierungsentwurfs zum dritten Buch des AktG lautete:[93]
"Hätte diese Strukturänderung[94] nur formale Auswirkungen auf die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung,so bestünde für ein Eingreifen des Gesetzgebers wohl kein Anlaß. Denn die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung braucht nicht um ihrer selbst willen geschützt zu werden. Die Beherrschung der Gesellschaft durch ein anderes Unternehmen ist aber mitGefahren für die anderenAktionäre und die Gläubiger verbunden".
Und weiter:[95]
"Er[96] kann sie[97] allerdings auch nicht rückgängig machen wollen. Jeder Versuch, der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung....unter allen Umständen Wirklichkeitswert zu verschaffen, würde....an der Macht der Tatsachen scheitern".
Deutlich ergibt sich daraus,daß dem Gesetzgeber nicht daran lag,die Entwicklung zur vertraglichen Machtverschiebung auf bestimmte Fälle einzuschränken.Diese Entwicklung war schon im Rahmen der Vertragsfreiheit möglich,die jedem Rechts-

93)Kropff,Aktiengesetz v.6.9.1965 S.273
94)Mit Strukturänderung versteht die Begründung den Machtübergang von den Gesellschaftsorganen zu anderen außergesellschaftliche Stellen,falls die Mehrheit der Aktien in der Hand einer andeeren Gesellschaft gerät.
95)Kropff,aaO S.274
96)Er=der Gesetzgeber
97)sie=die Strukturänderung

subjekt zusteht.Der Gesetzgeber kümmerte sich nur darum, die Interessen der außenstehenden Aktionäre und der Gläubiger vor gefährdeten Situationen zu schützen.
Daß die vertragliche Unterstellung einer Aktiengesellschaft an sich keinProblem bereitet ,wird auch von der Tatsache bestätigt, daß der Organschaftsvertag, der im Ergebnis dem Beherrschungsvertrag entsprach von der überwiegenden Meinung in der Literatur und indirekt aber deutlich von den Gerichten wie auch vom Gesetzgeber als zulässig angesehen wurde,obwohl er gesellschaftsrechtlich nicht geregelt war.[98)99)]
Nicht haltbar ist auch das Argument, daß bei den Unternehmensvertägen die Machtverschiebung auf einem freien Vertrag beruht,während sie bei einem TV mit einem Druck verbunden ist.
Denn der durch den Streik ausgeübte Druck entspricht rechtlich demjenigen Druck,den der Unternehmer als ArbG durch seine wirtschaftliche Macht auf die ArbN-Seite ausübt.[100)]
Abgesehen davon ist aber gerade Merkmal der Unternehmensverträge,daß sie unter dem Druck der wirtschaftlichen Unternehmenskonzentration entstanden sind.
Von großer Bedeutung dafür dürften der technische Fortschritt, das Bedürfnis nach Erlangung zusätzlicher Produktionsmöglichkeiten,nach Spezialis erung und Rationalisierung,nach Eroberung fremder Märkte und steuerlicher Vorteile sein, damit für den Kapitalmarkt der höchste wirtschaftliche Nutzeffekt erreicht wird.[1)]

---

98)Hueck, DB 1959,223ff(227),der die Zulässigkeit des Organschaftsvertrags weitgehend anerkennt;Bühler,Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne 3.Aufl. S.312ff und 423ff; Rasch,Deutsches Konzernrecht 2.Aufl.S.82ff.BFH Bd.60 S. 489 Bd.62 S.407;sowie das Gutachten des BFH v.27.11.1956; anderer Meinung Duden BB 1957,49.

99)Heranzuziehen ist auch die Stellungnahme einer starken Gruppe von Autoren,die eine analoge Anwendung der§291ffAktG auf den mehrere Unternehmen beherrscheneden Aktionär erwägen,obwohl er kein eigentlicher Unternehmer ist,im übrigen aber die Abhängigkeit von einem Nichtkaufmann als selbstverständlich unterstellen,Möhring NJW 1967,1ff;Kropff BB 1965,1285;Zustimmend im Ergebnis Kellmann BB 1969,1511; Die Zulässigkeit der Unterstellung unter die Leitung eines Nichtunternehmers erkennt auch Würdiger an,in FS für Kunze zum 65.Geb.S.184;vgl Großkomm.AktG 3.Aufl. Anm.13 zu§18 I

100)Siehe dazu S.85ff,144.

1) Würdinger,Aktien-und Konzernrecht 1966 S.255

Mit anderen Worten geht es dabei letzten Endes um das wirtschaftliche Überleben des Unternehmens.
Wäre die AG imstande, den gleichen Nutzen allein,unter Beibehaltung ihrer ganzen Leitungsverantwortung zu erreichen,so wäre sie nie bereit,ihre Leitungsmacht im ganzen oder zum Teil aufzuheben.
Angenommen,daß die Konstellationen auf der ArbN-Seite so ausgestalte t wären,daß die ArbN bereit wären,ihre Arbeitskraft n u r unter paritätischer Teilnahme an den Unternehmensbefugnissen anzubieten. Würde dann für die ArbG als Unternehmer nicht eine Drucksituation entstehen, derjenigen vergleichbar, welche für sie,wegen der Unternehmenskonzentration zur Einbuße der ganzen oder der halben Leitungsmacht geführt hat ?
Die Antwort kann nur positiv sein,will man sich nicht dem Vorwurf aussetzen,daß man zweierlei Maß und Gewicht hat.[2)]

3. Praktische Anwendungsmöglichkeiten und Schutz der Aktionärs-und Gläubigerinteressen.

So kann man den Standpunkt vertreten,daß durch einen TV zwischen Unterehmen und Gewerkschaft vergleichbare Ergebnisse erzielt werden können. Zu erwägen ist aber, ob die Schutzvorschriften zugunsten der schutzwürdigen Interessen der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger auf einen derartigen Vertrag anzuwenden sind.

a) Vertragliche Einführung des Vetorechts des BRates

Eine erste Möglichkeit ist ein TV,durch welchen die AG die Verpflichtung eingeht,bestimmte oder sämtliche Rechtsgeschäfte nur mit Zustimmung des BRates vorzunehmen.
Der Gefahr einer Mißachtung der Verpflichtung kann mit einer Vertragsstrafe für jede Zuwiderhandlung begegnet werden, so daß eine Umgehung seitens der ArbG-Seite nutzlos ist.

---

2)Eine ablehnende Stellungnahme würde den Charakter des Aktien rechts,als kompetenzzuweisende Normen leugnen und vor allem mit der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Neutralität in Widerspruch stehen.

Das Problem der Anwendung von Schutzvorschriften zugunsten der außenstehenden Aktionäre(§§300,302,304 AktG) und der Gläubiger(§ 303 AktG) taucht dabei nicht auf. Denn hierbei geht es um eine dem Gleichordnungskonzern (§ 18 Abs.2 AktG) vergleichbare Situation,bei der jede Anwendung von Schutzvorschriften ausscheidet.Nach der Konzeption des AktG entsteht eine Gefahrenlage für die außenstehenden Aktionäre und Gläubiger erst dann,wenn durch einen Unternehmensvertrag ein Unterordnungskonzern zustandekommt.
Wenn schon anerkannt wird, daß der Gleichordnungskonzern keine rechtspolitische Fragen bereitet,[3] weil er auf Konsensus beruht,dann verdienen vergleichbare Rechtsgebilde, wie es der Fall zwischen Unternehmen und BRat ist, auch keine grundsätzlich verschiedene Behandlung.
Daß solche Gestaltungsformen,obwohl zulässig,nicht leicht in einen TV umgesetzt werden können,liegt auf der Hand. Die Inanspruchnahme solcher Mitbestimmungsformen durch die Gewerkschaft ist vom Kräfteverhältnis zwischen den Sozialgegnern abhängig.[4] Das Kräfteverhältnis ist seinerseits auf gesellschaftspolitische Faktoren zurückzuführen,die einer Bändigung nur mit den Mitteln der Tarifvertragsordnung nicht zugänglich sind.[5]
Das gegenwärtige faktische Unvermögen der ArbN-Seite,solche Mitbestimmungsformen durchzusetzen,darf aber nicht die r e c h t l i c h e Frage beeinflussen, ob das Gesellschaftsrecht seinerseits solche Gestaltungsformen zuläßt.

b) Tarifvertragliche Unterstellung der AG unter den BRat

Däubler[6] hat sich dafür ausgesprochen,daß die ArbN nicht nur ein Zustimmungs-sondern auch ein Mehrheitsrechttarifver-

3) Würdinger,FS für Kunze zum 65.Geb. S.185 begründet die rechtliche Behandlung des Gleichordnungskonzerns wie folgt: Da hier die einheitliche Leitung nicht aufgezwungen werden kann,sie vielmehr in der Regel auf Konsensus beruht....ist die Gefahr der Außerkraftsetzung des selbständiden Funktionierens der Gesellschaftsorgane und ihrer Verantwortlichkeit nicht gegeben."
4) Wie das Kräfteverhältnis zwischen den Tarifparteien ausgestaltet wird,siehe S.83ff.
5) Über die faktische Unterlegenheit der ArbN-Seite siehe S.85,86,87.

traglich erwerben können.
Ist eine Mehrheitsbeteiligung der ArbN mit § 304 Abs.3 Satz 1 AktG vereinbar, wonach ein Beherrschungsvertrag ohne Ausgleich für die außenstehendem Aktionäre nichtig ist?
Die Anwendung des § 304 Abs.3 Satz 1 setzt eine Gefährdung der Aktionärs-und Gläubigerinteressen voraus.
Im Falle,daß eine AG durch einen Beherrschungsvertrag unter die Leitung eines anderen Unternehmens gestellt ist,besteht die Gefahr,daß die Interessen des beherrschenden Unternehmens mit denen des Beherrschten nicht zusammenfallen.
Das beherrschende Unternehmen, das als Mehrheitsaktionär des beherrschten seine Leitung übernommen hat,kann ein "Verfallen" des unterstellten Unternehmens in Kauf nehmen, ohne daß es selbst zu kurz kommt,wenn die ihm daraus entstehenden Nachteile im Rahmen der gesamten Konzernpolitik mit anderen wirtschaftlichen Manipulationen ausgeglichen werden können.
Anders ist aber die Lage, wenn an die Stelle des beherrschenden Unternehmens die ArbN-Vertretrer treten.
Die Interessen der ArbN sind mit denen des Unternehmens identisch in dem Sinne, daß das Funktionieren des Unternehmens Voraussetzung für ihren Arbeitsplatz ist.
Die Tatsache,daß das reibungslose Funktionieren des Unternehmens ohne weiteres die Bereitschaft der Kapitalgeber bedingt,zwingt die ArbN-Seite dazu,bei der Unternehmenspolitik den Kapitalinteressen ausreichend Rechnung zu tragen. Die Mehrheitsbeteiligung der ArbN kann zwar eine Minderung der Gewinnerwartungen der Anteilseigner mit sich bringen.Sie kann aber nicht eine unrealistische Behandlung der Kapitalgeber,viel weniger ein Zugrundegehen des Unternehmens bedeuten.
Denn die Majorisierung der ArbN-Vertreter entzieht den Anteilseignern nicht das Recht,ihre Kapitalleistung zu verweigern und in das Unternehmen nicht weiter zu investieren.Die Tatsache,daß in einer kapitalorientiertren Wettbewerbsordnung die Konkurrenzfähigkeit des Unternehmens

6)Däubler,aaO S.341

ohne Investitionen nicht mehr garantiert ist und die Arbeitslosigkeit droht,wendet einen Mißbrauch seitens der ArbN-Seite ab.
Dieser Druck,den die Kapitalseite sowohl bei einer paritätischen als auch überparitätischer Mitbestimmung ausüben kann und der sich in einer kapitalorientierten Wettbewerbsordnung als Zwang auswirkt,[7] bannt die Gefahr, die die Anwendung der Schutzvorschriften(§ 304 Abs.3 Satz 1 AktG) vorausetzt.[8]
Ihre Anwendung scheidet deshalb aus.

4.Die unter das neue Mitb-Gesetz v.4.5.1976 fallende AG.

Die bisherigen Ausführungen betreffen auch die unter das neue Mitb-Gesetz fallende AG. Die neue Regelung führt zwar eine paritätische Besetzung des Aufsichtsrats ein,behält aber das letzte Wort der ArbG-Seite vor.Zulässig sind also ebenfalls,nach dem bisher Gesagten,alle diejenigen Mitbestimmungsformen,die die AG zur Einholung der Zustimmung des BRates verplichten oder eine überparitätische Mitbestimmung praktizieren.
Gemeint ist vorwiegend der Weg über die Teilnahme an Sachentscheidungen.
Was weiter über die anderen Gesellschaftsformen dargelegt werden soll, gilt entsprechend für die Gesellschaft,die der neuen Regelung unterliegt.

5. Die unter das Montangesetz fallende AG.

Da hier der Aufsichtsrat paritätisch besitzt ist und das letzte Wort beiden Seiten gemeinsam gehört,kann das hier Ausgeführte praktisch für den Fall einer überparitätischen Mitbestimmung Bedeutung haben.

---

7)Däubler,aaO S.340 spricht vom Zwang,der sich aus der marktwirtschaftlichen Gestzlichkeiten ergibt, siehe ebenda auch S.417ff.
8)Zustimmend im Ergebnis Däubler,aaO S.341.

6. Die GmbH und erweiterte Mitbestimmung.

a) Tarifliche Verpflichtung zur Satzungsänderung.

Obwohl die Vertretungsmacht der Geschäftsführer,wie bei der AG, uneinschränkbar(§37 Abs.2 GmbHG) und deswegen eine Außenwirkung tariflicher Normen unmöglich ist,bietet sich trotzdem ein viel größerer Spielraum,weil die Satzungsänderung der Gesellschafterversammlung zwingend vorbehalten ist(§ 53 Abs.1 GmbhG).
So können die Geschäftsführer durch analoge Anwendung des Rechts der Unternehmensverträge mit der Gewerkschaft eine Verpflichtung eingehen,die aber erst nach Zustimmung der Gesellschafterversammlung wirksam wird.Gemäß §46 Ziff.5 GmbHG ist zwar die Bestellung der Geschäftsführer grundsätzlich Aufgabe der Gesellschafter,die Satzung darf jedoch Abweichungen bestimmen(§45 Abs.2 GmbHG).
Die Rechtsprechung [9] und die Literatur [10] haben,vom Grundgedanken ausgehend, daß das deutsche Recht sich für die Drittorganschaft [11] entschieden hat, den § 45 Abs.2 GmbHG dahingehend interpretiert,daß die Gesellschafterversammlung auch einem Dritten die Bestellung der Geschäftsführer auftragen kann.
Daß es für eine solche Auslegung kein Hindernis gibt,ergibt sich daraus,daß bei der GmbH der Aufsichtsrat nur potentiell Bestellungsorgan der Geschäftsführer ist, [12] während

9)KG JW 1926,598=OLG 44,237!:"Anekanntermaßen kann sogar die Bestellung der Geschäftsführer kraft Delegation einer außerhalb der Gesellschaft stehenden Stelle übertragen werden".
10)Hachenburg-Schilling Komm.zum GmbHG 6.Aufl.§35 Anm.42 m.w.N; Baumbach-Hueck Komm.zum GmbHG 13.Aufl.§6 Anm.3A;Scholz Komm. zum GmbHG 5.Aufl.§6 Rn.6,§46 Rn.6.;Teichmann,aaO S.189 Fn.4.
11)So besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen GmbH und der Personallgesellschaft,siehe dazu Hachenburg-Schilling, aaO § 35 Einleitung.
12)Hachenburg-Schilling,aaO § 35 Anm.42b auch Erl.zu § 52
13)Über § 101 Abs.2 AktG siehe S.

das Fehlen einer dem § 101 Abs.2 AktG entsprechenden Vorschrift neue Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet.[13)]

b) Anwendungsmöglichkeitn der tariflichen Verplichtung zur Satzungsänderung.

1) Bestellung von Geschäftsführungsmitgliedern.

So kann durch TV die Verpflichtung eingegangen werden,die Satzung in der Weise zu gestalten,daß die Hälfte der Geschäftsführer vom BRat bestellt wird.
Das Abberufungsrecht, das gemäß § 38 Abs.2 GmbHG nur für den Fall eines wichtigen Grundes ausgeübt werden kann,darf zwar nicht allein einem Dritten überlassen werden[14)]-es muß immer wegen eines wichtigen Grundes das Abberuffungsrecht bei einem Gesellschaftsorgan[15)] oder nach strengerer Auffassung bei der Gesellschafterversammlung verbleiben-[16)] kann aber daneben einem Dritten zustehen.[17)]
Keine Schwierigkeiten bereitet der Fall der fakultativen Aufsichtsräte der nicht unter die Geltung des § 77 BetrVG 1952 fallenden GmbH.
Die Gesellschafter verfügen anerkanntemaßen über das Recht, die Zusammensetzung des Aufsichtsrats beliebig zu regeln.[18)]
Sobald man aber die 500-Mann-Grenze überschreitet, gehen die Ansichten weit auseinander.
Die herrschende Meinung geht davon aus, daß bei Überschreitung der 500-Mann-Grenze das Verhältnis zwischen Vertretern der Arbeitnehmer-und Anteileignerseite zwingend vorgeschrieben ist,so daß eine paritätische Besetzung der Aufsichtsratssitze ausscheidet.[19)]

---

13) Zu § 101 Abs.2 AktG siehe S.157
14) RGHZ 3,123
15) Hachenburg-Schilling,aaO §35 Anm.42b
16) Baumbach-Hueck,Komm.zum GmbHG 13.Aufl.§38 Anm.2b
17) Hachenburg-Schilling,aaO §35 Anm.42b
18) Baumbach-Hueck,aaO §52 Anm.1
19) Obwohl die ablehnende Stellungnahme sich nur auf die unmittelbare Außenwirkung von TV und BV bezieht,ist sie so allgemein gefaßt,daß sie sich gleichfalls gegen gesellschaftsrechtliche Mitbestimmungsregelungen wenden kann, Hensche AuR 1971,36 Fn.18,19

Zwischen AG und GmbH besteht ein grundsätzlicher Unterschied, sofern das GmbHG,anders als das AktG, dem Gesellschaftsvertrag den Vorrang einräumt.[20]
Die GmbH wendet sich zwar als Typ der intimen Kapitalgesellschaft an ein breites Publikum,[21] durch die Erschwernisse aber bei Gesellschafterwechsel gemäß §15 Abs.3 und 4 GmbHG wird mit Recht angenommen, daß der Gesellschafter über die Ausgestaltung seiner Mitgliederschaftsrechte und über die Gesellschaftsverfassung ausreichend informiert sein soll.
Ist aber das anlagewillige Publikum durch die vorgesehene Publizität in seinem schutzwürdigen Intersesse geschützt, so fehlt der Rechtsgrund für den zwingenden Charakter des § 77 BertVG.
Daß § 77 Bet als Schutznorm nicht zu Lasten der ArbN geändert werden darf,ist allgemein anerkannt.[22]
Ob aber diese Norm auch zugunsten der ArbN nicht modifiziert werden kann,hängt nicht davon ab,ob das Gesetz ein bestimmtes Stimmenverhältnis festsetzt. Wenn es um Normen geht, die Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen regeln,[23] kommt es darauf an, ob das Gestz gesellschaftliche Interessen schützen will, die außerhalb der Reichweite der Tarifparteien liegen. Diese Interessen sind aber gerade durch § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG berücksichtigt.
Die an dem schlechthin zwingenden Charakter festgehaltene Meinung wird um so unverständlicher, als sie überwiegend die Gestaltungsfreiheit der GmbH-Gesllschafter hervorhebt,bis zu dem Punkt hin,daß die Schaffung des Aufsichtsrats,wie auch seine Rechte und Pflichten vom Gesellschaftsvertrag abhängig sind. Würde man sich dieser Meinung anschließen,so würde die paradoxe Situation entstehen,daß bis zur 500-Mann-Grenze die Gesellschafter über volle Gestaltungsfreiheit verfügen,über diese Grenze hinaus aber, wo eine stärkere Arbeitnehmerrepräs-

20) Hachenburg-Schilling,aaO §52 Anm.6,heben den Unterschied hervor.
21) Hensche AuR 1971,35
22) Siehe statt anderer Hueck BB 1952,925ff
23) Daß das Stimmenverhältnis zu den Arbeits-und Wirtschaftsbedingungen gehört , liegt auf der Hand. Die Seite,die die Mehrheit im Aufsichtsrat besitzt,ist imstande,ihre eigenen Interessen vergleichsweise wirksamer wahrzunehmen.

sentanz sachlich und rechtsgeboten ist,auf ein Drittel Arbeitnehmerbeteiligung eingeschränkt bleiben müssen.[24] Abgesehen von dieser rechtspolitischen Erwägung spricht dagegen ein rechtliches Argument.

§ 77 BetrVG 1952 verweist zwischen den Vorschriften des AktG, die die Zusammensetzung und Rechtsstellung des Aufsichtsrats der GmbH regeln[25], nicht auch auf diejenigen, die das Bestellungs-und Abberufungsrecht des Aufsichtrats bei AG anordnen.

Weder § 30 Abs.4 AktG,der die Bestellung des ersten Vorstandes vom Aufsichtsrat vorschreibt,noch § 84 AktG,der die weitere Berufung und Abberufung regelt,sind gemäß § 77 Abs.1 BetrVG auf den bei der GmbH zu bildenden Aufsichtsrat anzuwenden,so daß das wichtigste Recht der Vorstandsbestellung n u r p o t e n t i e l l durch den Gesellschaftsvertrag dem Aufsichtsrat vorbehalten werden kann.

Daraus ergäbe sich folgendes Bild:Der Gesellschaftsvertrag kann zwar,in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung, einem Dritten zB dem BRat das viel relevantere Bestellungsrecht der Geschäftsführung, übertragen, darf aber eine paritätische Arbeitnehmerrepräsentanz beim Aufsichsrat, der vergleichsweise eine schwächere (Überwachungs)Rolle ausübt, nicht beschließen.

Dies kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Deutlicher erweist sich deshalb die Ansicht,daß die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter auch über die 500-Mann-Grenze hinaus unberührt bleit.

2) Stimmrechtseinräumung an Arbeitnehmervertreter.

Schwieriger ist die Antwort auf die Frage, ob die Möglichkeit besteht, daß die ArbN-Vertreter durch Satzungsänderung

---

24) Zutreffend Hensche AuR 1971,36;Däubler,aaO S.344

25) §77 BetrVG 1952 verweist,in Bezug auf die Zusammensetzung und die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats der GmbH auf folgende Vorschriften: § 90 Abs.3,4,5 Satz 1und 2, §§95 bis 114,116,118 Abs.2,§ 125 Abs.3,§§171,268 Abs.2 und § 77 BetrVG.

direkt an der Gesellschafterversammlung teilnehmen.
Die Fragestellung nach einer Stimmrechtseinräumung an einen Dritten weist deswegen besonderes Interesse auf, weil bei positivem Ergebnis das der Gesellschafterversammlung unentziehbar zustehende Recht zur Satzungsänderung und zur Abberufung der Geschäftsführer aus wichtigem Grund auch den ArbN-Vertretern zuteil wird.
Die Literatur nimmt dazu überwiegend eine negative Stellung ein.[26)]
Eine Begründung ist,soweit ersichtlich, nur bei Scholz zu finden. Er beruft sich auf das "Wesen der Gesellschaft"[27)] sowie auf eine Entscheidung des BGH,wonach die isolierte Abtretung des Stimmrechts bei der OHG durch die Grundlagen des Gesellschaftsrechts ausgeschlossen ist.[28)]
Die Argumentation dürfte nicht zutreffend sein.
Das "Wesen der Gesellschaft" ist positivrechtlich zu bestimmen.
Die Gesellschaft ist ein rechtlicher Begriff,dem letzten Endes soviel als Inhalt,als "Wesen" zuzuerkennen ist, als ihm der Gesetzgeber nach seinem Ermessen,je nach den jeweils zu erfüllenden Funktionen,gegeben hat.
Die Berufung also auf das"Wesen der Gesellschaft", ohne weitere Definition derjenigen Wertungen,die der Gesetzgeber seiner Regelung zugrundegelegt hat und die angeblich mit einer Auslegung nicht in Einklang stehen, besitzt an sich kein eigenes rechtliches Gewicht.[29)]

---

26) Scholz,Komm.zum GmbHG 5.Aufl. §47 Rn.3,9;Hachenburg-Schilling, aaO §47 Rn.4;Teichmann,Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen S.191,294;Vogel,GmbHG Komm.2.Aufl.§ 47 Anm.5 a E; Lediglich Nitschke akzeptiert ausnahmsweise, der Dritte könne bei Stimmrechtsgleichheit zwischen den Gesellschaftern analog einem Schiedsgutachter den Ausschlag geben siehe bei ihm:Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft S.290;wie hier Däubler aaO S.345.

27) Scholz,aaO § 47 Rn.3

28) BGHZ 3,354ff(357)

29) Scheuerle,AcP 163,429ff,der sich eingehend mit der Durchleuchterung des "Wesens des Wesens" auseinandergesetzt hat,ist zu dem Ergebnis gekommen :"Das Wesensargument ist damit abzulehnen,weil als Kryptoargument gegen die Forderung der methodischen Offenheit verstößt". in AcP 163,471.
Zum "Wesen der Gesellschaft" auch H!P!Westermann in :Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften 1970 S.53ff,93ff.

Die Flucht ins "Wesen" spricht oft über das Unvermögen einer rechtlich verankerten Stellungnahme.[30]

Das zweite Argument geht auch fehl. Der BGH hat sich in seiner Entscheidung[31] nur mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein OHG-Gesellschafter sein Stimmrecht von der Mitgliedschaft abspalten und auf einen Dritten übertragen kann.[32]

Hier geht es nicht darum,sondern um Schaffung von Stimmrechten von Anfang an, ohne daß eine Abspaltung stattgefunden hat.

Eben diese Frage hat der BGH[33] in Bezug auf die OHG positiv aufgeklärt. Es bestünden keine grundsätzliche Bedenken, eine Regelung zu vereinbaren,wonach der Dritte die Entscheidung gemeinsam mit den Gesellschaftern treffe. Dies sei aber nichts anderes,als die Gewährung eines Stimmrechts an den Dritten.[34]

Der BGH dürfte entscheidend darauf abstellen,daß das Verbot der Stimmrechtseinräumung dem Schutz der Aktionäre dient, die sonst weitgehend entrechtet werden könnten,wie dies bei der AG der Fall ist.[35]

Geht man mit dem BGH von solchen Überlegungen aus,so bereitet die Übertragung der bei der OHG gegebenen Lösung auf die GmbH keinen Schwierigkeiten,[36] weil der Schutz der Aktionäre schon durch die vom Gesetz eigeführten Erschwernis-

---

30) Ähnlich Däubler,aaO S.345

31) BGHZ 3,354ff(357)

32) Siehe auch BGHZ 43,261ff(267) und BGH D 1968,88,wo eine Abspaltung abgelehnt und dieses Ergebnis auf die GmbH übertragen wird.

33) BGH JZ 1960,490 mit zustimmender Anm. A. f.Hueck.

34) BGH JZ 1960,492;siehe auch BGH NJW 1960,963:Eine Vereinbarung,durch die Gesellschafter einer OHG einem Dritten zusätzlich das Zustimmungsrecht einräumen,ist rechtlich zulässig.

35) BGH JZ 1960,492:Wenn die Gewährung des Stimmrechts an Dritte im Aktienrecht unmöglich ist, so dient das dem Schutz der Aktionäre,die sonst weitgehend entrechtet werden können."

36) Ähnlich Schulze-v.Lasaulx in Soergel-Siebert Komm. zum BGB 10.Aufl.§709 Anm.41:Stimmrechtseinräumung an einen Dritten ist zulässig,da die Entscheidung über Gesellschaftsangelegenheiten analog § 317 BGB einem Dritten übertragen werden kann.

se bei dem Erwerb der Gesellschaftsanteile gesichert ist.[37]

Teichmann versucht, die Unzulässigkeit der Stimmrechtseinräumung an einen Dritten mit dem Erfordernis einer "materiellen Funktion" zu begründen,die ein zur "Institutionalisierung" führendes Motiv darstelle.[38]

Die "materielle Funktion", das Hineinwachsen"demokratischer Selbstverständlichkeiten"in das Privatrecht verbiete, daß Gesellschaftsfremde den Gesellschaftswillen zum Ausdruck bringen.[38]

Um den Siegel des geltenden Rechts in Anspruch zu nehmen, muß eine Auslegung aber nicht nur de lege ferenda vertretbar zu sein, sondern auch im geltenden Recht Anhaltspunkte haben. Anhaltspunkte, die im Sinne einer "materiellern Funktion"[39] die Gestaltungsfreiheit der GmbH-Gesellschafter zwingend einengen, sind aber dem geltenden Recht nicht zu entnehmen.

Zwingendes Recht ergeht aus öffentlichem Interesse.[40]

Ist neben den anderen, im öffentlichen Interesse liegenden Einschränkungsgründen der Gestaltungsfreiheit-Schutz der Allgemeinheit, der Gesellschafter, der Gläubiger[40] auch die "materielle Funktion" des Stimmrechts im Sinne einer demokratischen Selbstverständlichkeit als vierter Grund anzuerkennen?

Teichmann geht davon aus,daß das Stimmrecht nur eine Funktion der Aktie, ein sozusagen "politisches Recht"darstelle.[41]

Das Stimmrecht stellt aber zuallererst einen Ausgleich, ein notwendiges Gegenstück für den Kapitaleinsatz dar.[42]

Wenn das Stimmrecht auch zum Nutzen der Gesellschaft verlieen wird,[43] darf man sich aber nicht darüber hinwegtäuschen daß der Nutzen der Gesellsch ft auf die Gesellschafter selbst

37) Mit Recht äußert Däubler seine Überraschung, weil die Literatur unterschiedliche Stellungnahmen bei OHG und GmbH abgibt,angesichts der Tatsache, daß das"Hineinwirken" eines Dritten bei der personenbezogenen OHG sehr viel eher als Fremdkörper erscheinen müßte,wie bei der kapitalorientierten und auf Fremdorganschaft beruhenden GmbH, Däubler aaO S.345

38) Teichmann,Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen S.191.

39) Teichmann,aaO S.191

40) Teichmann aaO S.97 und 190

41) Teichmann,aaO S.191

42) Teichmann aaO S.191

42) Teichmann aaO S.43 Fn.34 m.w.Nachweisen

43) Teichmann,aaO S.191

zurückgreift. Die Gesellschaft und die Gesellschaftsordnung ist kein Selbstzweck, sondern repräsentiert nur das geeignetste Rechtsmittel,das zur Verfügung der Rechtsgenossen gestellt wird, damit durch eine wirtschaftliche Kooperation das beste Ergebnis herauskommt.Über dieses Ziel hinaus besitzt sie keinen eigenen Wert.
Selbst die "Zuständigkeitsordnung" der AG ist nach der Begründung des RegE[44] "...nicht um ihrer selbst willen...", sondern nur im Zusammenhang mit dem von ihr ermöglichten Kapitaleinsatz zu schützen.[45]
Daß der Gesetzgeber vorwiegend auf diese Vorstellung gerichtet ist, spiegelt sich im Konzernrecht wieder,das die Gesellschaften zu Instrumenten der wirtschaftlich zweckmäßigsten Kapitalanlage gemacht hat.[46][47]
Diese Entwicklung im Konzernrecht ist nicht nur für die AG, sondern auch für die GmbH von Bedeutung. Der RegE eines GmbH-Gesetzes [48] hat die schon für die AG geschaffene inhaltliche Regelung aufgegriffen und im wesentlichen für die GmbH übernommen.[49]
Während aber klare gesetzliche Äußerungen für eine Auslegung plädieren, die die Gesellschaftsformen der GmbH als vermögensrechtliche Einheit stark akzentuieren,fehlen positive Anhaltspunkte für die Anerkennung einer"materiellen Funktion".
Gegen die "materielle Funktion" spricht aber schließlich ein positives Argument.
Wenn bei dem Staat und anderen Verbänden der Ausschluß der Nichtmitglieder von der Willensbildung des Verbandes zwingend geboten scheint,so ist diese These nicht eigentliche

---

44)Kropff Aktiengesetz v.6.9.1965.S.273
45)Ballerstedt DB 1957,837ff(840),weist darauf hin,daß die AG nicht einheitlich konzipiert sei.Es sei die Möglichkeit offen geblieben,daß die Gesellschaftsformen lediglich als vermögensrechtliche Einheit in fremder Hand benutzt werde.
46)Teichmann,aaO S.194ffm.w.N.
47)Der Organschaftsvertrag war materiell eine Satzungsänderung,weil er die Kompetenzen verschob.
48)§§ 234 RegE,zitiert nach Teichmann aaO S.193.
49)So verliert aber die Überlegung an Bedeutung,daß das Konzernrecht einen Ausnahmecharakter aufweist,der nur dem Typus der"Konzerngesellschaft" anpaßt,Teichmann,aaO S.194ff.

Konsequenz der demokratischen Selbstverständlichkeiten,[50] sondern eine Folge der Tatsache,daß bei diesen Verbänden der M e n s c h und die M e n s c h e n w ü r d e im Mittelpunkt stehen.

Handelt es sich aber um Zweckgebilde,bei denen nur die Kapitalanlage zählt,so werden solche Forderungen an demokratische Selbstverständlichkeiten hinfällig.

Wenn man also korrekt die demokratische Funktionsweise begreift,dann ist die im Einvernehmen mit der Gesellschafterversammlung erfolgte Teilnahme eines Dritten an ihren Entscheidungen nicht eine Verletzung, sondern eine Bestätigung des demokratischen Prinzips der Mehrheitsherrschaft.

Was den Gedanken betrifft,daß die Gesellschafter durch eine Treuepflicht miteinander verbunden sind,[51] die bei einem Dritten fehlt, so kann dies nur für die innere Willensbildung eine Rolle spielen. Sind aber die Bedenken, die die Teilnahme eines Dritten auslöst, aus irgendwelchen Gründen überwunden oder ausgeglichen, dann ist der Weg rechtlich frei.

Das Ergebnis läßt sich so zusammenfassen:Wenn die Stimmrechtseinräumung an die ArbN-Vertreter für das weitere reibungslose Funktionieren der GmbH erforderlich ist, so stünde ihr weder eine angebliche "materielle Funktion" des Stimmrechts noch die Treuepflicht im Wege.[52]

Wiedemann[53] lehnt die Schaffung von Stimmrechten für Dritte mit dem Argument ab, "...eine dingliche Verfügungsbeschränkung der Gesellschafter wäre mit § 137 unvereinbar..", so daß dem Stimmrecht eines Dritten die dingliche Wirkung fehle.

---

50) enn beim Staat oder bei den anderen Verbänden das Stimmrecht von der Mitgliedschaft untrennbar ist,so gilt dies, das eigentlich die demokratischen Regeln einschränkt,nur, um den Menschen und seine Menschenwürde vor seinen eigenen leichtsinnigen Entscheidungen zu schützen.

51) Teichmann,aaO S.191ff

52) Im Ergebnis zustimmend Däubler,aaO S.345,346

53) Wiedmann,Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedsrechten bei Handelsgesellschaften 1965 S.291ff.

Die Heranziehung des § 137 BGB ist unhaltbar.
§ 137 Satz 1 BGB zielt nur auf die Verkehrssicherheit und die Rechtsklarheit,[54] er verfolgt ähnliche Zwecke, wie die Gutglaubensvorschriften der §§ 892ff,932ffBGB und hat vor sich den Erwerber,der sich auf das Zusammenfallen von Rechtszuständigkeit und Verfügunsbefugnis verläßt.
Will § 137 Satz 1 BGB nicht die Verkehrssicherheit,sondern den Rechtsinhaber schützen,dann wäre der zweite Satz des § 137 unverständlich,der die Wirksamkeit der schuldrechtlichen Verpflichtung,über ein veräußerliches Recht nicht zu verfügen, unberührt läßt.
Denn durch die Zulässigkeit der sculdrechtlichen Verpflichtung ist der Rechtsinhaber wegen der eventuellen Vermögensnachteile (Schadensersatzpflichten) für den Fall der Vertragsverletzung praktisch gleich gehindert, sein Verfügungsrecht auszuüben.[55]
Hat aber die Verkerssicherheit den §137 Satz 1 BGB diktiert, dann schlägt das Verbot der Stimmrechtseinräumung für Dritte nicht durch. Denn es ist selbstverständlich zu erwarten, daß der Erwerber von Gesellschaftsanteilen sich mit Hilfe des Gesellschaftsvertrags und des Handelsregisters über eine etwaige Stimmrechtsaufspaltung ausreichend informiert.[56]
Sieht man aber trotzdem das Ziel des § 137 Satz 1 BGB als ein "liberales Essentiale" der geltenden Ordnung an,[57] das die Gefahr einer Selbstentmündigung des Rechtsinhabers bannen will, so steht dies der Stimmrechtseinräumung nicht entgegen.
Denn die Verfügungsmacht steht bei einer Gesellschsft nicht mehr den einzelnen Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft im Sinne der Gesellschaftermehrheit zu.

Der Beitritt zu einer Gesellschaft bringt aus der Natur der Gesellschaft einen Verzicht von der ausschließlichen Verfügungsmacht über die eingebrachten Vermögengegenstände zugun-

54) Siehe dazu Däubler,NJW 1968,1117ff(1120 l.Sp.)
55) Däubler,aaO S.1119(l.Sp.)
56) Siehe auch Teichmann,aaO S.224ff.
57) Staudinger-Going 11.Aufl.Komm zum BGB §137 Rn.1a;Baur JZ 1961,334;zutreffende Kritik daran übt Däubler NJW 1968,1118 m.w.N. in Fn 14-16

sten einer nach Mehrheit erfolgenden Verfügung mit sich. Das in § 47 GmbHG niedergelegte Mehrheitsprinzip schränkt insoweit den einzelnen Gesellschafter ein.
Wenn aber eine Beschränkung zugunsten der Gesellschatermehrheit zulässig ist, ist es nicht ersichtlich, wieso eine Einschränkung in der Form der Beteiligung Dritter unstatthaft ist.[52)]
Was hier zählt, ist die Tatsache, daß das Interesse der Gesellschaft durch die Gesellschaftermehrheit zum Ausdruck kommt.
Gemäß § 328 BGB kann ein Dritter das Recht unmittelbar erwerben, eine Leistung zu fordern. §§ 315,317 dehnen die Teilhaberechte des Außenseiters, die sich nur auf schuldrechtliche Ansprüche beziehen, auch auf Gestaltungsbefugnisse aus. Dies ist der Fall bei Erteilung eines Schiedsgutachtens,[53)] wobei der Ausspruch des Dritten einen rechtsgestaltenden Charakter hat.
Im Sinne dieser Auslegung können die Gesellschafter durch einen Beschluß dem BRat ein Recht mit rechtsgestaltendem Charakter, nämlich ein Stimmrecht, einräumen.[54)]

c) Beteiligung des BRates an Sachentscheidungen.

Ziehen es die ArbN nicht vor, ihr Mitbestimmungsinteresse durch Veränderung der Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane durchzusetzen, so bleibt es doch rechtlich unbenommen, ähnlich wie bei einer AG, die GmbH-Entscheidungen durch vertragliche Bindungen mitzubestimmen. Dies bedeutet, daß die Bindungen zwar keine "Außenwirkung" entfalten sie können aber durch Vereinbarung fühlbarer Sanktionen für jeden Fall der Zuwiderhandlung im Ergebnis mit gleicher Wirkung eingehalten werden.

52) Zustimmend Däubler, aaO Das Grundrecht auf Mitbestimmung S.347
53) Der BGH ist ausdrücklich davon ausgegangen, daß nach einer Parteivereinbarung der Ausspruch des Dritten für die Rechtsbeziehungen der Parteien rechtsgestaltenden Charakter haben soll siehe BGHZ 6,335ff(338); zustimmend R.Schmidt in Soergel-Siebert Komm.zum BGB §137 Anm.2ff.
54) Hachenburg-Schilling, halten es sogar für zulässig, den Inhalt von Gesellschaftsbeschlüssen durch einen Dritten bestimmen zu lassen, siehe bei ihnen aaO §47 Anm.4; Zutreffend auch BGH JZ 1960,490 mit zust.Anm. A.Hueck

7. OHG und Kommanditgesellschaft.

a) Stellungnahme der Literatur.

Der Anspruch auf Mitb-Rechte sowohl durch gesetzliche als auch durch tarifliche Mittel stößt bei Personalgesellschaften nach einer fast einhelligen Literatur[55] auf die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter.
Nach Flume[56] ist eine Regelung "geradezu sittenwidrig", wonach durch Entscheidungen Dritter unbeschränkte Haftung für andere begründet wird. Die These vom Gleichlauf zwischen Haftung und ausschließlicher Entscheidungsbefugnis findet sich in der gesellschaftlichen Literatur wieder, dort wird sie jedoch überwiegend abgelehnt.[57]
Die unterschiedliche Stellungnahme ist merkwürdig und bewegt dazu, die Beweggründe aufzulösen, auf denen der geforderte Gleichlauf beruht, um zu ermitteln, ob er auch für die Mitbestimmung eine rechtliche Bedeutung besitzt.

b) Die Haftung der Gesellschafter und die erweiterte Mitbestimmung

1) Haftung der Gesellschafter als Schutzmittel der Gläubiger.

Gesellschaftsrechtlich stoße eine Herrschaft ohne Haftung auf Bedenken, weil sie zu einem risikoreichen verantwor-

55) Flume DB 1967,296;Hensche AuR 1971,33 Fn3;v.Nell-Breuning in Mitbestimmung S.45(anders aber in:Streit um Mitbestimmung S.20);Fabrikius,Mitbestimmung in der Wirtschaft S.69; Übereinstimmend der Bericht der Mitbestimmungskommission BT-Drucks.VI/334 S.116;Neemann GMH 1968,322;Wiedemann in Marburger Gespräch S.101

56) Flume,aaO S.296

57) BGHZ 45,204ff(206)=Lindermaier-Möhring Nr.7 zu 171 HGB mit zust.Anm.Fischer;Teichmann aaO S.125,126;Mertens GmbH-RdscH 1967,47 Fn.17;H.P.Westermann Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften 1970 S. 273ff;Wiethölter,Aktuelle Probleme der GmbH S.11,38;Martens Mehrheits-und Konzernrecht in der personalistischen GmbH.Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vertragsgesellschaft und Körperschaft 1970 S.33ff;Hoffmann NJW 1969,580; Die gegenteilige Ansicht vertritt die neoliberale Schule: Eucken,Grundsätze der Wirtschaftspolitik S.279ff;Müller-Erzbach FS für Heymann S.738;Biedenkopf,Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen S.124;weitere Nachweise bei Teichmann,aaO S.126 Fn.132.

tungslosen Handeln verleite und Dritte(Gläubiger) schädigen könne.[58] Hier ist also nicht der ausgeschossene Gesellschafter,sondern der Außenstehende Schutzobjekt.
Die Gläubigerinteressen können Gefahr laufen,wenn durch die Mitbestimmungserweiterung unbeschränkt haftende Gesellschafter sich von ihrer Haftung dispensieren können.
Die Gesellschafter bleiben aber den Gläubigern gegenüber weiter unbeschränkt verantwortlich.
Wie die Gesellschaft ihren eigenen Willen bilden will,ist eine innere Angelegenheit der Gesellschafter, die die Dritten nicht angeht.Für sie bleibt die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter weiter gültig.[59]
Man kann vielleicht entgegenhalten,daß es beim Gläubigerschutz auf die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens ankommt.
Zunächst wird aber hier der Standpunkt vertreten,daß sich der Gläubigerschutz in der Sicherung des Vertrauens auf die kundgemachten Tatsachen beschränke,so daß eine offengelegte begrenzte Haftung des handelnden Unternehmensleiters nicht zu beanstanden sei.[60]
Die Gläubiger können sich auf die Eintragung im Handelsregister verlassen.[61]
Hier muß man aber in Erwägung ziehen,daß die herangezogene Publizität zwar für die zukünftigen,nicht aber für die schon zustandegekommenen Kreditgeschöfte ausreichend ist.
In einer Grundrechtsordnung aber,die das Selbstbestimmungsrecht auch im wirtschaftlichen Bereich verfassungsrechtlich garantiert,schließt die Zurverfügungsstellung des Kapitals im Geschäftsverkehr keine Garantie für die Gegenleistung ein.
Hat die von der Anteilseignerseite kontrollierte Unternehnehmsleizung den Gütermarkt falsch vorausberechnet,und ist wegen dieser Fehldispositionen das Unternehmen in Konkurs gegangen, so tragen auch die Gläubiger den Verlust. Denn das Unternehmen arbeitet mit Marktdaten. Während aber der auf den Gütermarkt zurückzuführende Vermögensverlust des Unter-

---

58) Müller-Erzbach FS für Heymann S.738;weitere Nachweise bei Teichmann,aaO S.125 Fn.130,131.
59) Zustimmend Däubler,aaO S.350ff,mit zutreffenden Bemerkungen
60) Teichmann aaO S.126
61) Zustimmend Däubler,aaO S.351

nehmens auch die Gläubigerseite trifft, will die herrschende Meinung die Gläubigeriteressen ausgerechnet gegenüber dem Arbeitsmarkt garantieren.
Eine solche Garantie bietet der Auschluß der ArbN von den Leitungsbefugnissen, die dadurch zu einem berechenbaren Produktionsfaktor gemacht werden. Dieser Anspruch aber,der zugunsten der Kapitalseite ausfällt, kann zwar rechtspolitisch wünschenswert sein,findet aber keinen verfassungsrechtlichen Anhaltspunkt.

2) Die Haftung als Sanktionsinstrument für ein unwirtschaftliches Verhalten.

Die neoliberale Schule hat die Haftung in diesem System zum Sanktionsinstrument für ein unwirtschaftliches Verhalten werden lassen.[62] Da im Wettbewerb nur die tüchtigen überlebten,zwinge die Haftung zu einer ständigen Anpassung und zu einem wettbewerbskonformen Verhalten.Ohne persönliche Verantwortung könne daher der Wettbewerb nicht funktionsfähig sein.[62]

Dieser Motivationsgrund ist selbst für das Gesellschaftsrecht nicht zutreffend.Wäre die persönliche Haftung Voraussetzung für das Funktionieren des Wettbewerbs,dann müßten die Leiter bei Kapitalgesellschaften gesamtschuldnerische Haftung tragen.[63] An so etwas hat aber niemand gedacht. Man kan aber die Verantwortung der Leitung gegenüber der Gesellschaft als Korrektiv für ein wettbewerbskonformes Verhalten sehen.
So könnte das Argument ins Feld gebracht werden,daß sowohl bei Kapital-als auch bei Personalgesellschaften der Ausschluß der Aktionäre bzw der Gesellschafter von der Geschäftsführung durch ihre freiwillige Unterwerfung erfolgt[64] und die Wettbewerbsorientierung durch das Vertrauen auf

62) Über die Vertreter der neuliberalen Schule S.180 Fn.57 am Ende.
63) Teichmann,aaO S.216;Daß kein Grundsatz des Gleichlaufs zwischen Herrschaft und Haftung aus dem Gesellschaftsrecht herausgegriffen werden kann Däubler,aaO S.351
64) Siebert hält eine freiwillige Unterwerfung unter die Entscheidung eines anderen für zulässig.So riefe eine satzungsmäßige Trennung von Herrschaft und Haftung keine Bedenken hervor,zitiert nach Teichmann aaO S.126,der ihm zustimmt.

die Leitung gesichert wird.
In Bezug auf das "wirtschaftliche Verhalten" hängt seine Marktkonformität von den Konsequenzen ab,die aus einer marktwidrigen Maßnahme resultieren.
Bei Fehldispositionen haften die ArbN zwar nicht vermögensrechtlich,riskieren aber faktisch bei schlechtem Geschäftsgang ihren Arbeitsplatz.Als Sanktion für "unwirtschaftliches Verhalten" ist dies mindestens ebenso wirksam wie die herkömmliche persönliche Haftung.[66)]
Während in der Rezessionsphase bei bloßem Auftragsrückgang Entlassung droht,bringt dieselbe Situation für den Unternehmer lediglich verminderte Gewinne mit sich.[67)] Arbeitslosigkeit bedeutet bei fehlendem Privatvermögen ein Absinken des Lebensstandards auf die Arbeitslosenunterstützung oder gar das von der Sozialhilfe gewährte physische Existenzminimum, Entlassung bedeutet häufig den Verlust des gesamten bisherigen Lebensmittelpunktes.[67)] So erweisen sich diese greifbaren Konsequenzen als eine durchaus ausreichende Garantie für ein "wirtschaftliches Verhalten".[67)]
Man kann dagegen nicht das Argument heranziehen,daß der ArbN wieder einen Arbeitsplatz finden kann,während der Unternehmer sein Vermögen endgültig verloren hat. Denn die blosse rechtliche Möglichkeit des ArbN,sich einen neuen Arbeitsplatz zu verschaffen,bietet ihm ebensowenig Garantie,wie dem Unternehmer die rechtliche Möglichkeit,sich neues Vermögen zu erwerben.
Selbst wenn man aber diesen realitätstreuen Feststellungen kein entscheidendes Gewicht beimißt, so kann die Haftung der Gesellschafter der Mitbestimmungserweiterung nicht

---

66) Anschaulich Däubler,aaO S.349
67) ebenda

entgegenstehen.[68]
Hier gilt es,den Begriff "unwirtschaftliches Verhalten" zu präzisieren.
Die ArbN sind bei erweiterter Mitbestimmung imstande,ihre Belange in den Vordergrund zu bringen,[69] wie es übrigens bis heute-und zwar in noch höherem Grad-bei der Anteilseignerseite der Fall ist.
Eine erweiterte Mitbestimmung bedeutet nicht notwendigerweise eine Belastung des Unternehmensinteresse s an sich. Sie kann zu Lasten der Anteilseignerseite realisiert werden. Eine Zurücksetzung des Kapitalinteresses stellt eine entprechende Minderung der Gegenleistung dar,die die Kapitalgeber für den unternehmerischen Einsatz ihres Vermogens erhalten. Überschreiten die ArbN in ihren Mitbestimmungsformen gewisse Grenzen, so stellen sie die Finanzierung und daher die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens in Frage. Die das Unternehmen leitenden Kapitalgeber können aber r e c h t l i c h von den ArbN nicht ein nach ihrem Ermessen "wirtschaftliches Verhalten" verlangen. Denn die Kapitalgeber sind n u r für ihre eigene Leistung-das Kapital-, nicht für die Leistung der ArbN-die Sicherheit des Arbeitsplatzes-verantwortlich.
Der Anspruch auf"wirtschaftliches Verhalten" läuft darauf hinaus,daß die ArbN ihre Mitb-Rechte soweit in Anpruch nehmen müssen,daß die Kapitalseite den unternehmerischen Einsatz ihres Vermögens n a c h i h r e n A u f f a s s u n g e n rentabel findet.
Daß ein solcher Anspruch über keine rechtliche Basis verfügt,liegt auf der Hand. Die rechtliche Irrelevanz der Verantwortung für die Mitbestimmungsfrage bedeutet aber nicht,daß die ArbN jederzeit imstande sind,eine tarifliche Erweiterung der Mitb-Rechte durchzusetzen. Denn die Durchsetzung der Erweiterung hängt,wie dargelegt,vom Stand der Machtverhältnisse[70] zwischen den Sozialgegnern ab.
Wenn aber die gesellschaftliche Machtverteilung die erweiterte Mitbestimmung akzeptabel oder geboten machte,gäbe es

68) Über die Verantwortung siehe S.132ff
69) Siehe auch S.18ff.
70) Über das Machtverhältnis siehe S.83ff.

dafür von den Verantwortungsbefugnissen her kein zwingendes Hindernis.
Die Erweiterung von Mitb-Rechten läge dann im Interesse der Gesellschafter und wäre von ihnen freiwillig angenommen.

c) Praktische Anwendungsmöglichkeiten.

Wenn man der weit überwiegenden Meinung zustimmt,daß jede Fremdorganschaft[71] bei OHG und Kommanditgesellschaft ausgeschlossen ist und eine von ArbN-Seite benannte Person nicht mit der Vertretungsmacht des § 126 Abs.1 HGB und der Geschäftsführungsbefugnisse des § 116 Abs.HGB betraut werden kann, bieten sich trotzdem dafür andere Wege.
Auf alle Fälle kann dem ArbN-Repräsentanten eine von Beschränkungen des § 49 Abs.2 HGB befreite Prokura erteilt werden.[72]

Durch Einräumung einer Kommanditistenstellung und Prokuraerteilung imGesellschaftsvertrag,der auch insoweit nur durch einstimmigen Beschluß geändert werden kann,können die Mitb-Rechte rechtlich abgesichert werden.[73]
Werden den ArbN-Repräsentanten Stimmrechte im Gesellschaftsvertrag eingeräumt,so läßt sich von einer paritätischen Unternehmensstruktur sprechen.[74]

Was die Beteiligung an den einzelnen Geschäftsführungsmaßnahmen angeht, so ist die Lage grundsätzlich nicht anders als bei AG und GmbH[75] Da aber die Gesellschafter kein "Zweckgebilde",sondern Menschen sind,muß die volle "Indienstnahme" am Verbot der Preisgabe künftigen Vermögens(§310BGB) und am Verbot der Knebelungsverträge scheitern. [76]

---

71)H.P.Westermann,Vertragsgesetzlichkeit S.31ff
72)Zutreffende Ausführungen in Däubler,aaO S.351ff
73)Der Widerruf aus wichtigem Grund bleit möglich Baumbach-Duden Komm.zum HGB 19.Aufl. §52 Anm.1 B.
74)Däubler,aaO S.352
75)ebenda
76)ebenda

XII Kapitel

Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse und Gegnerunabhängigkeit der Tarifparteien.

1. Stellungnahme der Literatur und der Rechtsprechung.

Bereits unmittelbar nach Inkrafttreten des Montanmitbestimmungsgesetzes begannen Erörterungen über das Verhältnis zwischen Tarifautonomie und qualifizierter Mitbestimmung.[78)]

Zentrale Bedeutung hat die Frage der Unabhängigkeit der betroffenen ArbG-Verbände eingenommen. Die Diskussion hat aber schon nach relativ kurzer Zeit zu dem allgemein akzeptierten Ergebnis geführt,daß beide Institutionen sich unschwer miteinander in Einklang bringen lassen.[79)]

Diese Situation änderte sich grundlegend,als die Gewerkschaften in der 2.Hälfte der 60-er Jahre ihre Bemühungen um eine Ausdehnung des Montanmodells auf alle Großunternehmen intensivierten.

Zummal das Prinzip der Gegnerunabhängigkei inzwischen vom BVerfG zum Verfassungsbestandteil erklärt worden war,[80)] bot sich dabei die These an,eine Verwirklichung der paritätischen Mitbestimmung mache alle Errungeschaften der Arbeiterbewegung,wie Streik und TV, hinfällig,weil sie die Gegnerunabhängigkeit antaste und die von der Verfassung verlangten Voraussetzungen der Koalitionseigenschaft entfallen ließe.

Da der Konflicht zwischen densozialen Gegenspielern im Unternehmen institutionell überwunden werde,falle die Schutzbedürftigkeit des ArbN weg.[81)]

---

78) Biedenkopf FS für Kronstein S.79ff;ders.RdA 1970,129ff; Hanau BB 1969,761;E.R.Huber S.74;Thon Kunze BB 1971,356f; OttoKunze AuR 1969,113;Löwisch in Ordnungselement S.141ff v.Nell-Breuning,Streit um Mitbestimmung S.57;Richardi ArbGeb 1969,470;Roscher 1972,279;Schwerdtfeger S.251; Zollner RdA 1969,70;Zöllner-Seiter ZFA 1970,97.

79) Hueck-Nipperdey, TVG 3.Aufl.1955,§2 Rn.26 mit eingehenden Nachweisen;G.Müller Tariffähigkeit S.8ff;Schnorr RdA 1954,167ff.

80) BVerfGE 4,96ff(106)

81) Biedenkopf FS für Kronstein S.95,96 ff;Hueck-Nipperdey aaO II/2 S.1638

Werde das Modell der Montanmitbestimmung auf alle Großunternehmen ausgedehnt,so müsse das Streikrecht entfallen, da sonst das Prinzip der Waffengleichheit verletzt sei.[82)]

Da ein paritätisch strukturiertes Unternehmen nicht mehr gegnerfrei sei, scheide es automatisch aus der Arbeitgeberfront aus.[83)]

Eine voll ausgebaute paritätische Durchstrukturierung der Unternehmen raube den Arbeitnehmerkoalitionen den unabhängigen Tarifpartner und Arbeitskampfgegner,so daß Arbeitskämpfe gegen voll paritätisch mitbestimmte Unternehmen unzulässig seien.[84)]

Am eingehendsten geben den Standpunkt der herrschenden Meinung Zöllner-Seiter wieder.[85)]

Sie stellen die These auf, die Gegnerunabhängigkeit,die von Verfassungs wegen ein notwendiger Bestandteil des in Art.9 III GG garantierten Kerbereichs eines Tarifsystems sei, sei eine der wichtigsten Voraussetzungen für die Konfrontationsfähigkeit des Gegenspielers, die die "Richtigkeit"[86)] der kollektiven Normsetzung gewährleiste. Die Gegnerunabhängigkeit sei dann als verletzt anzusehen,wenn "potentieller unmittelbarer Einfluß der Gegenseite in Leitungs-und Tarifgremien des Verbandes" bestehe.[87)]

Alle dise Aussagen beziehen sich auf die Rechtsfolgen, die sich aus der gesetzlichen Einführung der paritätischen Mitbestimmung ergäben. Ihnen steht aber ebensoviel Wert hinsichtlich einer tarifvertraglichen Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse zu,die hin bis zu einem Zustimmungs-oder Vetorecht reichen können.

Zunächst scheidet als unzutreffend die Feststellung aus,daß dem Tarifvertragssystem-wie übrigens dem Vertrag zwischen Vertragspartnern-ein Mechanismus zur"Richtigkeit" innewohnt.

---

82)Hanau BB 1969,762

83)Beuthien AuR 1970,136ff;Ähnlich Löwisch in Ordnungselement S. 142ff.

84)Hueck-Nipperdey,aaO II/2 S.1637,1638;ähnlich spricht sich im Ergebnis Huber aus GG und parität.Mitbestimmung S.74ff.

85)Zöllner-Seiter ZFA 1970,97ff.

86)Zöllner-Seiter,aaO S.131ff(150)

87)Zöllner-Seiter,aaO S.132

Der "Interessenausgleich", d.h. die Anpassung des Einen an den Anderen, ist letztlich nur durch Machtausübung erreichbar, die zB auf Positionen am Markt und im Wettbewerb gegründet ist.[88)]

Der TV ist nur das Medium, in welchem sich Machtverhältnisse entfalten, und einen Ausgleich der Interessen möglicherweise herbeiführen können.[89)]

Im übrigen ist Ausgangspunkt aller zitierten Autoren die These, daß die Gegnerunbhängigkeit ein Ausfluß des umfassenden Gleichgewichtsprinzips ist, das sich im kollektiven Arbeitsrecht auswirkt.[90)] [91)]

Worin besteht aber eigentlich die Parität zwischen den Tarifparteien, wenn sie überhaupt gilt?

2. Die Waffenverteilung zwischen den Tarifparteien und die"gleichen Durchsetzungschancen"

Das BAG hat mit generalklauselartigen Worten die Waffengleiheit dahingehend ausgelegt,daß "beiden Parteien....die gleichen Durchsetzungschancen zustehen"müssen.[92)]

Durchsetzungschancen sind aber in Bezug auf Artikulation und Durchsetzung von Interessen zu verstehen,[93)] so daß hierin nicht einfach formale,dem Zivilrecht entstamende,sondern materielle, dem Arbeitsrecht gebührende Maßstäbe anzuwenden sind, die tatsächlich die Durchsetzungschancen bestimmen.

Die Gewerkschaft ist vom Bestreben ausgegangen,die faktische Überlegenheit des ArbG gegenüber dem ArbN auszugleichen.[94)]

Daß sich durch die Entstehung der Gewerkschaft die Verhandlungsposition der ArbN verbessert hat,unterliegt keinem Zweifel.

---

88) F.Roscher RdA 1972,280

89) Roscher,aaO

90) Über das Gegengewichsprinzip siehe :J.K.Galbraith,der amerikanische Kapitalismus 1956 S.124ff(127);K.Hesse,Grundzüge des Verfassungsrechts 7.Aufl.S.157;Garperin AuR 1965,1; Scheuner DÖV 1965,577ff(580);ders.in Weber-Scheuner-Dietz Die Koalitionsfreiheit S.71;;W.Weber,Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie S.41ff;Gamillscheg,Koalitionsfreiheit und soziale Selbstverwaltung S.43;ders.Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit S.36.

91) Zöllner-Seiter,ZFA 1970 S.149

92) Beschluß v.21.4.71=RdA 1971,185ff(189)

93) Däubler,aaO S-412,418

94) Steindorff RdA 1965,257

Sind aber die "Durchsetzungschancen" auf beide Lager n u r dann gleicht verteilt,wenn die Koalitionsaufgaben auf den traditionellen Bereich der Arbeits-und Wirtschaftbedingungen,unter Ausklammerung der sich auf Unternehmensebene vollziehenden Entscheidungen,beschränkt sind ?
Wäre das Unabhängigkeitsprinzip verletzt,wenn bei einer echten Mitbestimmungsform,wegen der Vetorechte der ArbN-Seite, das Aussperrungsrecht eventuell nicht ausgesprochen werden und die Unternehmenspolitik zum einem mitbestimmt,zum anderen unter Streikdruck gesetzt werden könnte ?

Es ist nicht zu bersehen,daß die Rechtsprechung im Bereich der Waffengleichheit häufig ohne ausreichende Auseinandersetzung mit den tatsächlichen Verhältnissen, Stellung eingenommen hat.[95][96]
So ist sie im Sinn einer formalen Waffenverteilung zur Anerkennung der Aussperrung gelangt,[97] obwohl der Zusammenschluß der ArbN zu Gewerkschaften und der Streik zusammen e r s t das aus der wirtschaftlichen Macht sich ergebende Übergewicht des ArbG ausgleichen können.[98]
Garantiert aber die vom BAG ausgesprochene Waffenverteilung gleiche "Durchsetzungschancen auf beide Seiten ?
Die Kampfmittel der Tarifpartner können nicht einen der freiheitlichen Rechtsordnung fremden Körper darstellen. Sie müssen mit ihren elementaren Forderungen in Einklang stehen. Was sie von der übrigen Rechtsordnung unterscheidet, ist nur ihre kollektive Ausübung.

---

95) Steindorff RdA 1965,256:"Die paritätische Zuteilung der Kampfmittel an die Kollektivparteien stützt sich keineswegs auf die zuverlässige Untersuchung über Gleichgewicht und Ungleichgewicht beider Parteien.

96) Mit Recht fragt sich Steindorff,aaO S.257:"Ist es mit diesem Ausgamgspunkt(der Notwendigkeit zum Ausgleich der faktischen Unterlegenheit der ArbN) vereinbar,wenn viele Entscheidungen zur Parität oder Waffengleichheit getroffen werden,ohne Rücksicht darauf,daß ihnen sorgfältige tatsächliche Untersuchungen vorausgehen?Bedeutet es nicht gar eine Rückkehr zum Zustand lediglich formaler Gleichheit,wenn einander entsprechende Kampffmittel zugestanden werden,ohne Rücksicht darauf,daß vielleicht zur Herstellung des tatsächlichen Gleichgewichts die Mittel unterschiedlich verteilt werden müssen?

97) Beschluß des Gr.Senats des BAG v.24.4.1971=RdA 1971,185ff.

98) Zustimmend Schwegler GMH 1972,307

Welches ist aber der Maßstab, an dem die Kampfmittel zu messen sind,wenn man überhaubt von gleichen Waffen und von unabhängigen Tarifpartnern sprechen darf?
Der Interessengegensatz,den das Unabhängigkeitsprinzip voraussetzt,besteht nicht zwischen ArbN und Unternehmen,sondern zwichen ArbN und Kapitalgebern,die die Unternehmensleitung legitimieren und dadurch die Unternehmenspolitik an ihren, kapitalorientierten Vorstellungen orientieren.
Wie an anderer Stelle dargelegt wurde,beinhaltet der freiheitliche Charakter der Dauerverhältnisse,daß jede Vertragspartei ihre eigene Leistung verweigern darf,wenn sie mit den Bedingungen der anderen nicht einverstanden ist.
Daß auf der ArbN-Seite die Arbeitskraft die Leistung ist, unterliegt keinem Zweifel.
Welche ist aber die Leistung der Kapitalgeber?
Ist sie das Unternehmen,so daß die Kapitalseite sie,als eigene Leistung,gemäß der freiheitlichen Konzeption den ArbN notfalls versagen kann?
Das Unternehmen als selbständige Produktionseinheit setzt begrifflich das Zusammenwirken beider Produktionsfaktoren voraus.
Was das Unternehmen in einem gegebenen Augenblick ist, ist nicht nur auf das Kapital, sondern auch auf die geleistete Arbeit zurückzuführen.[99)]
Die Arbeitskraft ist es, die die Kapitalanlage produktiv macht und dem dadurch entstehenden Unternehmen einen neuen, vom Kapital verschiedenen Vermögenswert gibt.
Das Unternehmen repräsentiert also die bisherige gemeinsame Leistung beider Produktionsfaktoren. Damit wird freilich nicht behauptet, daß das Unternehmen beiden Faktoren gehören oder von beiden geleitet werden muß.
Es wird nur die These aufgestellt,daß die ausschließliche Leistung der Kapitalgeber nicht das Unternehmen,sondern nur das Kapital ist.

---

99) Das Argument,die ArbN erhalten für ihre Arbeit das Gehalt, ist sehr trivial.Welcher Anteil am Produktionsprozeß den ArbN zusteht,ist eine Wertfrage,die wegen der heute herrschenden Machtverhältnisse nicht als beantwortet angesehen werden kann.

Der Kapitalseite steht also nur das Recht zu,ihre Leistung -das Kapital- für die Zukunft zu verweigern,wenn sie die Forderungen der ArbN für unzumutbar hält.

Die Frage nun wer das Unternehmen leitet,hängt nun davon ab, welche von beiden Leistungsträgern der stärkere Verhandlungspartner ist.

Nur die Tatsache,daß die Kapitalseite jahrelang die Unternehmensleitung ausgeübt[100] und die Arbeitskraft nicht als gleichberechtigten Faktor,sondern als Ware behandelt hat,hat das Bild entstellt und den irrigen Eindruck erweckt, daß das Unternehmen die ausschließliche Leistung der Kapigeber ist.

Der gegenwärtige Stand der Machtverhältnisse vermag aber nicht, eine ungleiche Waffenverteilung zu rechtfertigen.

Das Unabhängigkeitserfordernis der Kapitalseite ist nicht auf der Basis der schon gewonnenen faktischen Überlegenheit zu messen.

Welche Kampfmittel verfassungsrechtlich für die Aufrechterhaltung des Gleichgewichts erforderlich ist,damit die freiheitliche Rechtsordnung nicht aufgehoben wird und beide Seiten die "gleichen Durchsetzungschancen" für ihre Interessen haben,kann nur auf Grund der Leistung bestimmt werden,die jede Seite im Produktionsprozeß erbringt.

Daraus ergibt sich klar,daß nur eine suspedierende,nicht aber eine lösende Aussperrung mit der freiheitlichen Ordnung in Einklang steht.

Nur eine solche Auslegung wird der Konzeption der Tarifautonomie gerecht, die nicht nur die Rechtsposition des ArbN verbessern will,sondern die Gleichwertigkeit zwischen Kapital-und Arbeitsleistung im Sinne der Arbeitsvertragsfreiheit erzielt.

Bringt man die Dinge auf einen solchen Nenner,so stellt man fest,daß das Unabhängigkeitsprinzip darin besteht,daß jede

---

100)Otto Kunze WWI-Mitt. 1968,137(r.Sp.)

Tarifpartei die Möglichkeit haben muß,auf Grund ihrer Leistung einen für ihre Interessen wirksamen Verhandlungsdruck auf die andere Seite auszuüben.[1)]
Dieser Druck kommt aus der Tatsache,daß beide Leistungen-das Kapital und die Arbeit- unbedingt notwendig für das Funktionieren des Unternehmens sind.
Seine Intensität ist aber vom Konzentrationsgrad abhängig, den jede Leistung aufweist.[2)]
Dieser Druck muß genug stark sein,damit die andere Seite gezwungen ist, ihn zu berücksichtigen.

3. Unabhängigkeitsprinzip und erweiterte Mitbestimmung.

Ist man sich darüber im klaren,daß der Druck und daher die Gegnerunabhängigkeit der Kapitalseite nicht im Koalitionsrecht der ArbG wurzelt,[3)] wie dies auf der ArbN-Seite der Fall ist, sondern hauptsächlich im konzentrierten Produktionsmittelbesitz, [4)] so ergibt sich deutlich,daß auch bei einer echten paritätischen Mitbestimmung die Anteilseignerseite ausreichend stark ist,um ihre Interessen wirksam wahrzunehmen. Ihre Unabhängigkeit ist schon dadurch bewahrt,daß sie über das Vetorecht verfügt.
Auch im Falle einer überparitätischen Mitbestimmung wird die Gegnerunabhängigkeit noch nicht angetastet.[5)]
Denn die das Unternehmen majorisierende ArbN-Seite ist gezwungen,den Kapitalinteressen Rechnung zu tragen. Die Kapitalgeber können dann ihre Interessen dadurch wirksam vertreten, daß sie berechtigt sind,ihr Kapital in das Unternehmen nicht weiter zu investieren,oder durch Weiterverkauf der Aktien das Vertrauen auf die Unternehmenskapazität zu untergraben.

---

1) Im Ergebnis zustimmend Däubler,aaO S.412
2) Siehe S.84ff.
3) Siehe S.85
4) Wenn das TVG (§2 I) dem einzelnen ArbG die Tariffähigkeit zuerkennt, kann dies bedeuten,daß die das Unternehmen organisierende Kapitalseite allein auf Grund des Produktionsmittelbesitzes imstande ist,ihre Interessen wirksam wahrzunehmen
5) Zustimmend Däubler aaO S.417FF.

Ohne Rückgriff auf den Kapitalmarkt sind neue Investitionen kaum möglich. Ohne Investitionen würde das Unternehmen in einer kapitalorientierten Ordnung bald der Konkurrenz erliegen.
Es entstünde dann freilich für die Kapitalseite eine Si uation, ähnlich derjenigen,in der sich heute die ArbN-Seite befindet. Sähe man eine solche Rechtslage für die Kapitalgeber als Verlust ihrer Unabhängigkeit an, dann müßte auch die heute geltende für die ArbN-Seite unterparitätische Lage mit dem Unabhängigkeitsprinzip unvereinbar sein.
Dem kann man nicht entgegenhalten,daß in einem solchen Fall die Kapit alseite stärker getroffen ist ,als die ArbN-Seite heute, mit dem Argument,daß die Kapitalgeber nicht die Möglichkeit haben,ihre Aktien neuen,investitionsbereiten Aktionären zu übereignen und ihr Vermögen zurückzuerwerben. Denn weder die Kapital-noch die ArbN-Seite können das schon in das Unternehmen Eingebrachte-das Kapital bzw die geleistete Arbeit-rückgängig machen.
Für ihre Leistungen haben sie schon eine Gegenleistung-die Anteilseignerseite die Dividende,die ArbN das Gehalt-erhalten. Es ist eine Sache des Unternehmenserfolgs,ob das Unternehmensvermögen später das anfangs zur Verfügung gestellte Kapital repräsentiert oder nicht und so beiden Produktionsfaktoren entsprechende Perpektiven verschafft.
Bei einer paritätischen oder überparitätischen Mitbestimmung besteht der ArbG-Verband weiter.Während aber die Mitglieder des ArbG-Verbandes bis dahin zugleich die führende Rolle im Unternehmen besäßen,würden sie nunmehr auf eine mitbestimmende oder unterparitätische Polle eingeschränkt sein.
Ihnen steht das Koalitionsrecht,wie auf der ArbN-Seite,ebenfalls zu.[6] Bei allen Mitbestimmungsformen agieren sie weiter

6) Zustimmend Däubler,aaO S.418:"Auf der Arbeitgeberseite steht die Koalitionsfreiheit fortan nur noch dem einzelnen Anteilseignerindividuum zu,daß sich natürlich durch seine Repräsentation in den Unternehmensorganen vertreten lassen kann.Insoweit ist dann eine völlige Parallelität zu den Arbeitnehmerkoalitionen hergestellt,die ja herkömmlicherweise gleichfalls nicht ganze Produktionseinheiten,sondern nur die dort arbeienden Menschen organisieren können."

als Repräsentanten der Kapitalgeber, als Arbeitgeber im eigentlichen Sinne, die den ArbN durch ihre Kapitalleistung die Chance zur Arbeit geben.
Die ArbN können in beiden Mitbestimmungsformen weiter streiken. Denn die Mitbestimmung (parititätiche oder überparitätische) berührt nicht das Recht der Kapitalgeber, dem Unternehmen ihr Kapital nicht weiter zur Verfügung zu stellen und so einen wirksamen Druck auf die andere Seite auszuüben.
Der abgeschwächte Intersessengegensatz zwischen Kapital und Arbeit, auf dem das Unabhängigkeitsprinzip beruht, besteht jedoch weiter.
Je mehr aber die Mitb-Rechte der ArbN wachsen, desto mehr wird die ArbN-Seite sozialwirtschftlich stärker und braucht entsprechend weniger zu streiken.

4. Interessengegensatz zwichen ArbN und wettbewerbsorientierten unternehmerischen Gedanken?

Zöllner[7] hat die Meinung vertreten, daß die paritätische Mitbestimmung zunächst nur den Interessengegensatz zwischen Eigentum und Arbeit aufheben solle und könne und daß für den ArbN der entscheidende Interessengegensatz gerade zum wettbewerbsorientierten unternehmerischen Gedanken bestehe. Solange nicht dieser Gedanke durch die erweiterte Mitbestimmung aufgehoben werde, so lange werde auch die Konfrontation zwischen Arbeitnehmer-und Unternehmerseite fortbestehen.[7]
Man kann den Standpunkt vertreten, daß dies nur die halbe Wahrheit ist. Die Erweiterung der Mitb-Rechte ist nicht notwendig mit der Wettbewerbsorientierung unvereinbar. Sie sieht sich mit ihr konfrontiert, solange die Kapitalseite sozialwirtschaftlich stärker ist und die aus dem Wettbewerb erstrebten Gewinne prozentual mehrheitlich den Kapitalinteressen zutugekommen.
Ein durch TV erreichte paritätische oder überparitätische Mitbestimmung setzt aber voraus, daß die Kapitalseite gesamtwirtschaftlich ihr soziales Übergewicht verloren hat,

7) Zöllner, RdA 1969, 70 (l.Sp.)

und deshalb die ArbN-Seite imstande ist,ihre eigenen Interessen vergleichsweise wirksamer wahrzunehmen.
Der Wettbewerb zwischen Unternehmen kann weiter-wenn auch schwächer-fortbestehen, obwohl sie von den ArbN mehrheitlich geführt werden.Der aus dem Wettbewerb kommende Gewinn sollte aber überwiegend den Arbeitnehmerbelangen Rechnung tragen.
Die Situation soll natürlich anders sein,wenn die paritätische oder überparitätische Beteiligung nicht als Ausfluß einer gesamtwirtschaftlichen Verlagerung der gesellschaftlichen Kräfte, sondern als einzelner Ausnahmefall stattfindet. Dann wäre die ArbN-Seite gezwungen, die Kapitalinteressen in den Vordergrund treten zu lassen,um die Konkurrenzfähigkeit des Unternehmens aufrechtzuerhalten. Die Konfrontation zwischen Arbeitnehmerseite und Unternehmenspolitik bestünde fort.[8)]

5. Grenzen der Vereinbarkeit zwischen dem Unabhängigkeitsprinzip und der tariflichen Erweiterung der Mitb-Rechte. Gegenüberstellung der hier vertretenen Auslegung mit der herrschenden Meinung.

Solange in der geltenden freiheitlichen Rechtsordnung die Produktionsmittelkonzentration andauert,solange also die Kapitalseite imstande ist,durch Verweigerung ihrer (Kapital)-leistung die ArbN-Seite unter Druck zu setzen,können der TV und das Streikrecht, näml das Verweigerungsrecht der ArbN, nicht wegfallen.
Die gegenteilige Meinung hält die Sozialpartner nur so lange für unabhängig,als sie in ihren gegenwärtigen Rollen, wie sie die soziale Marktwirtschaft auffaßt,unangeatastet bleiben.[9)]

---

8) Derselbe Zwang für die ArbN-Seite könnte auch dann bestehen,wenn eine paritätische oder überparitätische Mitbestimmung gesetzlich eingeführt würde.Solange die Produktionsmittelkonzentration unberührt bleibt,könnten die Kapitalgeber durch Investitionsstreiks die ArbN-Seite,wenn in geringerem Maße,unter Druck setzen,und die Konfrontation zwischen ihnen aufrecht

9) Zöllner-Seiter ZFA 1970,150

Diese Betrachtungsweise setzt aber voraus,daß die soziale Marktwirtschaft die alleinige von der Verfassung her zulässige Wirtschaftsordnung ist.
Es ist aber vom BVerfG wiederholt der Grundsatz bestätigt, daß die soziale Marktwirtschaft eine mögliche,nicht aber die allein vom GG her legitimierte Wirtschaftsordnung ist.[10]
Materiell betrachtet bringt die gegenteilige Ansicht eine Perpetuierung der sozialen Rollen und damit des sozialen status quo mit sich.
Als solche läßt sie sich mehr oder weniger als formal bezeichnen, weil sich nach ihr die "Durchsetzungschancen" und daher das Selbstbestimmungsrecht der ArbN n u r in beschränkten Maße realisieren lassen.
Die hier vertretene Auslegung der Gegnerunabhängigkeit befreit die Sozialpartner von ihren **gegenwärtigen Rollen, wie sie der sozialen Marktwirtschaft immanent sind.**
Das sog.Gleichgewicht zwischen den Tarifparteien wird auf eine gemeinsame,leistungsbezogene Basis gestellt und die "gleichen Durchsetzungschancen" gewinnen an tatsächlichem Inhalt und Überzeugungskraft.[11]

---

10) Über die wirtschaftsverfassungsrechtliche Neutralität siehe ausführich S.129ff(133)
11) Das ganze Tarifsystem beruht übrigens auf der Basis der Basis der wechselseitigen Verflechtungen,so daß die Meinung, zugunsten der ArbG sozusagen gesellschaftspolitische Statusrechte anzuerkennen,rechtlich unhaltbar ist, siehe dazu Roscher,RdA 1972,281;Hoffmann AuR 1971,271ff, auch hier S.88,126.

S c h l u ß w o r t.

Die bisherigen Ausführungen haben das positive Ergebnis zugelassen, daß die Tarifparteien berechtigt sind,durch TV die Betriebsratsbefugnisse zu erweitern.
Die in § 1 TVG mit unabdingbarer Wirkung ausgestattete Regelungsermächtigung der Tarifparteien,betriebsverfassungsrechtliche Fragen zu ordnen, bewegt sich im Rahmen der in Art. 9 III GG garantierten Normsetzungsbefugnis.
Die Mitb-Rechte des BRates betreffen materielle Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne des Art.9 III GG.
Sie dienen der Realisierung der Arbeitsvertragsfreiheit auf Betriebsebene und werden vom BetrVG nur als Mindestbedingungen zugunsten der ArbN eingeräumt.
Die Mitb-Rechte des BRates können deshalb,in Übereinstimmung mit der in der Rechtsprechung und Literatur herrschenden Tendenz p r i n z i p i e l l nicht nur in den sozialen,sondern auch in den personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten erweitert werden.
Insbesondere können sowohl die ordentliche als auch die außerordentliche Kündigung durch TV an das Zustimmungsrecht des BRates gebunden werden.
Ebenso kann die Einstellung, wie auch die übrigen personellen Maßnahmen von der Zustimmung des BRates abhängig werden.
Schließlich können die Teilnahmerechte des BRates in wirtschaftlichen Angelegenheiten erweitert werden.
Die durch die Erweiterung zustandekommende Einschränkung der Direktionsbefugnisse des ArbG verstößt weder gegen die Eigentumsgarantie noch gegen die Unternehmerfreiheit.
Die Tarifparteien sind nach richtiger Auslegung der Grundrechtsordnung nicht an die Arbeitgebergrundrechte gebunden, weil sie zueinander im Verhältnis gleichberechtigter Privatrechtssubjekte stehen. Nur gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmern müssen sie die Grundrechte beachten, weil sie in diesem Fall als übergeordnete soziale Gewalt agieren.
Wenn sie aber,wie der Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden wären,wäre das Ergebnis nicht verschieden.

Denn einerseits ist die in Art.14 GG niedergelegte Eigentumsgarantie nur eine Wertgarantie, andererseits gewährleistet die Unternehmerfreiheit nur das Teilnahmerecht am Produktionsprozeß,nicht aber die gegenwärtigen funktionellen Rollen. Die Erweiterung kann in vollem Umfang erstreikt werden. Das Streikrecht ist auf Kollektivebene nichts mehr als das gewöhnliche Verweigerungsrecht des Tauschpartners, das der freiheitliche Charakter der Dauerverhältnisse beinhaltet.

Ein Verstoß gegen die Außenseiter liegt darin nicht,weil die Erweiterung nicht der Gewerkschaft,sondern dem BRat zugutekommt, der Repräsentant der ganzen Belegschaft ist. Der BRat ist bei der Ausübung seiner erweiterten Mitb-Rechte an die Grundsätze des BetrVG gebunden.

Die Erweiterung kann schließlich, über die Betriebsververfassung hinaus, unternehmensverfassungsrechtliche Fragen erfassen und unternehmerische Maßnahmen von der Zustimmung des BRates abhängig machen.

Hier wirken sich aber die tariflichen Normen nicht unabdingbar, sondern nur obligatorisch aus.

Die Unternehmensverfassung wie auch die Wirksamkeit der vom Unternehmen mit Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte kann vom TV nicht berührt werden.

Der Verkehrsschutz, der die Unternehmensleitung zu Alleinvertreter der Produktiveiheit erhoben hat,schließt eine Außenwirkung aus.

Bis dahin reicht die rechtliche Zulässigkeit der Erweiterung, wenn freilich beide Tarifparteien sich zu einem entsprechenden TV bereit erklären.

Die Frage,ob die ArbN ihrerseits eine erstrebte Erweiterung durchsetzen können, ist eine Machtfrage.

Die Tatsache,daß das Produktionsvermögen in relativ wenigen Händen konzentriert ist,versetzt die ArbG-Seite in eine so starke Verhandlungsposition, die die ArbN nicht ohne peinliche Konsequenzen ignorieren können.

Die Verhandlungsmacht, über die die ArbG verfügen,wurzelt vornehmlich in ihrer ausschließlichen Möglichkeit, in

das Unternehmen nicht weiter zu investieren und dadurch automatisch die Sicherheit des Arbeitsplatzes in Gefahr zu bringen.

Dieses Recht der Kapitalgeber, auf dem in erster Linie ihre Unabhängigkeit beruht, wird weder durch das Streikrecht noch durch die erweiterte Mitbestimmung in Frage gestellt.

Nimmt man Rücksicht darauf, daß die ArbG-Seite heute durch eine f o r m a l e Auslegung der Waffengleichheit auch zur lösenden Aussperrung berechtigt ist, begreift man leicht, daß der faktische Spielraum zur Erweiterung der Mitb-Rechte relativ gering ist.

Die ArbN können deshalb nur soviel Mitb-Rechte erstreiken, wie sie imstande sind, dem Verhandlungsdruck der ArbG-Seite standzuhalten.

LEBENSLAUF

1945 bin ich in Alt-Korinth (Griechenland) geboren.
1951 bis 1957 habe ich die Volksschule in Alt-Korinth und anschließend bis 1963 das Korinther Gymnasium besucht.
1963 habe ich mich nach erfolgreicher Aufnahmeprüfung an der juristischen Fakultät der Athener Universität immatrikulieren lassen.
Mein Juradiplom habe ich 1968 erhalten.
1972 hat mir der Deutsche Akademische Austauschdienst ein Stipendium für weiteres Jurastudium in München erteilt.
Am 25. Februar 1977 habe ich nach Genehmigung meiner Doktorarbeit das Rigorosum bestanden.